



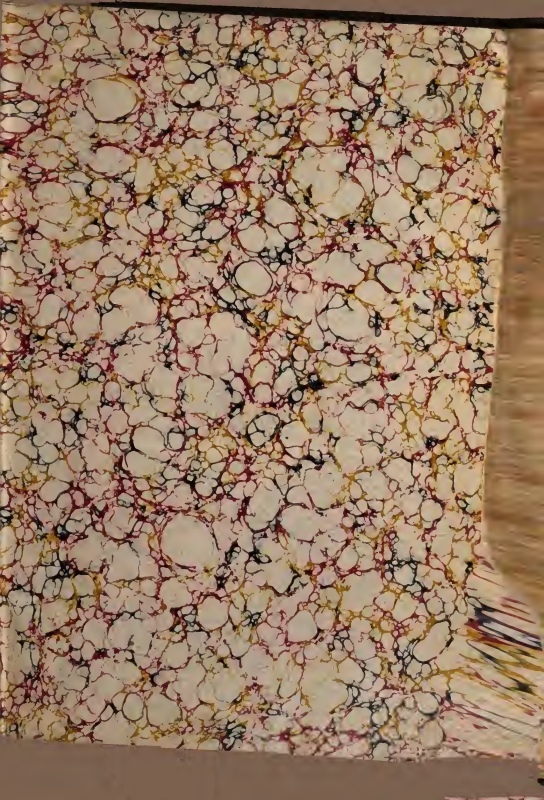
BIBL. NAZ.
Vitt. Emanuele III

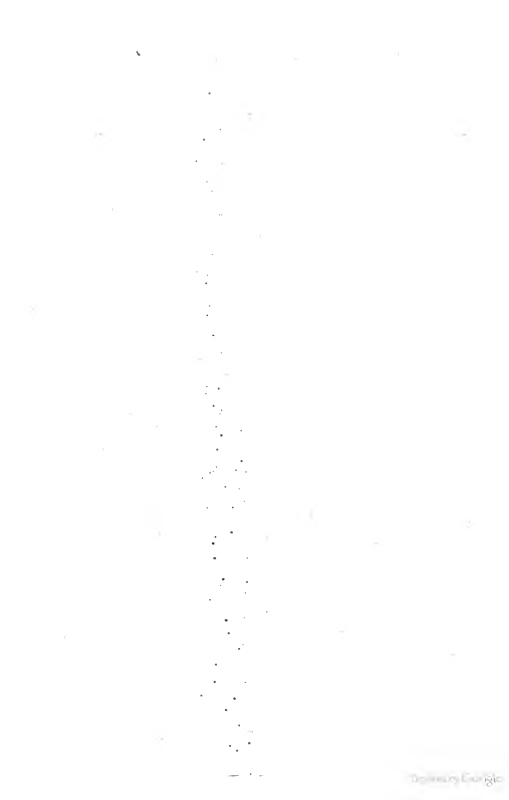
Rac.
di Maximis

C

357

NAPOLI





~~2258~~

~~361~~

3042

CORSO
DEL
CODICE CIVILE

DI
G. DEMOLOMBE

PROFESSORE ALLA FACOLTÀ DI DIRITTO, AVVOCATO ALLA CORTE REALE DI CAEN.

Prima versione italiana

DEGLI AVVOCATI

Gennaro de Filippo e Giuseppe Tucci

*Con note, giunte, appendici, cc. cc. riguardanti
le leggi civili del regno delle Due Sicilie*

DELLE SUCCESSIONI

PARTE SECONDA.

NAPOLI
Stabilimento dell'Antologia legale di O. Cupasso
Strada S. Sebastiano n.° 30, 1° piano.
1859.

CORSO DEL CODICE NAPOLEONE

LIBRO TERZO

TITOLO PRIMO.

CAPITOLO V (CONTINUAZIONE).

DELL' ACCETTAZIONE E DELLA RINUNZIA ALLE EREDITÀ.

SEZIONE III.

Della rinunzia alle eredità

SOMMARIO.

1. — Deligilione del vocabolo rinunzia.
2. — Divisione generale

1. — La rinunzia è l'atto onde colui al quale spetta la eredità dichiara la volontà sua di non essere erede.

Quindi spesso, per dinotare quello atto, adoperansi i vocaboli rinunzia e rinunciare, di cui lo stesso nostro legislatore talvolta si vale (Confr. la intitolazione di questo cap. V, e gli art. 781, 782 e 789—698, 699 e 706).

2. — 1.° In qual forma debbe mai seguir la rinunzia?

2.° Quali ne sono gli effetti?

3.° In quali casi può mai venir revocata o dichiarata nulla? e quali son mai gli effetti della revocazione o dell'annullamento?

Tal è il triplice subbietto intorno a cui debbe aggirarsi la nostra disamina in questa speciale sezione.

Noi già, come è noto, in una preliminare sezione, esponemmo le regole in generale comuni all'accettazione ed alla rinunzia (ved. il t. II, n. 262, 263 e seg.)

§ 1.

In qual forma debbe mai seguir la rinunzia?

SOMMARIO.

3. — La rinunzia debbe essere espressa; e può farsi unicamente nella cancelleria del tribunal civile della provincia nel cui perimetro si sia aperta la successione sopra un registro *ad hoc*.
4. — A. È di mestieri che la rinunzia sia espressa e positiva.
5. — Dell'antico diritto francese, nella subbietta materia, nelle province di diritto scritto.
6. — Nelle province consuetudinarie.
7. — La novella regola è molto più chiara. — Esempi.
8. — Continuazione.
9. — Il rinunziante debbe esser conto a dichiarare, quando posano all'obbietto incontrarsi dubbiezza, a quale eredità ed in quale qualità rinunzia.
10. — Il rinunziante non è in obbligo di additare i motivi che lo inducono a rinunciare — Quali sono in generale siffatti motivi?
11. — B. È necessario che la rinunzia faciasi nella cancelleria del tribunale nel cui perimetro giurisdizionale si è aperta la successione e sopra un particolare registro. — Per quali ragioni?
12. — La formalità della rinunzia in che mai consiste?
13. — Continuazione. — E forse indispensabile l'assistenza di un patrocinatore?
14. — La rinunzia può farsi per mezzo di procuratore. — E forse necessario che la procura sia speciale? — Bisogna forse che sia autentica?
15. — Per massima generale il rinunziante non è in obbligo di notificare la rinunzia a' terzi interessati.
16. — Le formalità imposte con l'art. 784 per la rinunzia sono essenziali. — Conseguenze.

17. — Continuazione. — *Quid*, qualora la rinunzia si fosse ricercata nel domicilio del rinunziante?
18. — La nullità della rinunzia può venire opposta al rinunziante da ogni persona interessata.
19. — Ma viceversa lo stesso rinunziante può essere opporre a terzi interessati la nullità della rinunzia?
20. — È uopo forse distinguere, relativamente alle formalità essenziali alla validità della rinunzia, i creditori ed i legatari dagli altri eredi?
21. — Continuazione.
22. — Continuazione.
23. — Continuazione.

3. — Con l'art. 784 — 701 si dichiara:

« La rinunzia ad una eredità non si presume. Essa non può farsi che presso la cancelleria del tribunale di prima istanza, nel cui distretto si è aperta la successione, sopra un registro particolare tenuto a questo effetto. » (Agg. art. 997 C. pr. — 1073).

Laonde:

A. — A differenza dell'accettazione, la quale può essere espressa o tacita (art. 778 — 695), la rinunzia debbe sempre essere espressa:

B. — Ed inoltre la espressa dichiarazione di rinunzia può farsi unicamente nella cancelleria del tribunale del luogo in cui si è aperta la successione sopra un registro *ad hoc*.

Questa disposizione costituisce, come ravviseremo, un notevole impegno del diritto novello su l'antico.

Il legislatore, nel formularla, ebbe in mira sia lo interesse dello stesso erede, sia massimamente lo interesse de' terzi:

Lo interesse dell'erede, al quale non volle potersi opporre una dubbio ed equivoca rinunzia;

Lo interesse de' terzi, cui essenzialmente importa il conoscere, in modo indubitato, se l'erede abbia o pur no rinunziato.

4. — A. Diciamo dover la rinunzia essere espressa.

L'art. 784 dichiara che essa non si presume, e con sommo fondamento; avvegnachè, per tesi generale, presumere non debbesi l'abbandono di un diritto; e cotesta presunzione tornerebbe qui peculiarmente tanto meno attendibile in quanto che l'erede, per effetto del legale impossessamento, per contrario presumesi di pieno diritto accettante (ved. il t. I, n.° 135; ed il t. II, n.° 315).

5. — Le precedenti legislazioni non avevano riguardato tal subbietto sotto lo stesso punto di veduta.

I giureconsulti delle nostre antiche pro-

vince di diritto scritto, seguitando le romane tradizioni, prendevano le mosse dalla idea che essendo la rinunzia, come l'accettazione, una manifestazione di volontà, ogni atto dimostrante ad evidenza lo intendimento del successibile di addivenire estraneo alla eredità, produr dovesse rinunzia; del pari che ogni atto da cui ad evidenza emerga il suo intendimento di appiarsi alla eredità trae seco accettazione.

E conseguentemente ammettevano che la rinunzia, come l'accettazione, potesse essere espressa o tacita.

« La rinunzia, insegnava Furgole, non richiede assolutamente alcuna formalità...; l'erede escludesi mercè di ogni atto manifestante la volontà sua; e basta che tal volontà venga appalesata con parole o con qualche fatto inconciliabile con la qualità e la denominazione di erede. »

E permettevasi la prova testimoniale dei fatti di rinunzia del pari che de' fatti di accettazione (Furgole, *de Test.*, t. IV, cap. X, sez. II, n. 79, 84, 88 e 96; *confr.* Pauli *Sentent.*, lib. IV, tit. IV, § 1; *Inst. de haered. qualitt. et diff.*, § 7; l. 95 ff. *de acquir. vel omitt. haered.*; Merlin, *Rep.*, v. *Scelta*, § 1).

6. — Non pertanto diversa era la giurisprudenza delle province consuetudinarie; ed in generale non vi si ammettevano le rinunzie tacite.

All'uopo Potbier assai categoricamente si esprimeva:

« In conformità del nostro diritto le rinunzie alle eredità possono farsi unicamente per atto avanti notajo, o con atto in cancelleria o con dichiarazione giudiziale, di cui il magistrato dà atto » (*Delle Success.*, cap. III, sez. IV, § 3; *agg.* Introd. al tit. XVII della Cons. di Orleans, n. 65).

Similmente Lebrun insegnava che la più essenziale delle condizioni delle rinunzie si è che le rinunzie medesimo sieno positive, fatte nella cancelleria del luogo, o avanti notajo o a piè dello inventario (lib. III, cap. VIII, sez. II, n. 36).

Parcechie Consuetudini ne racchiudevano pure positive disposizioni (Cons. della Marca, art. 256; di Alvergne, cap. XII, art. 54; di Sedano, art. 204; *agg.* d'Argenteo, su l'art. 275 della Cons. di Breogna, n. 4).

E nulladimeno è mestieri soggiungere che cotesta giurisprudenza non era, eziandio nei paesi consuetudinari, stabile nè uniforme: in vero taluni giureconsulti ammettevano

esservi tacita rinunzia, quando il successibile facesse un atto incompatibile con la qualità di erede, come, a cagion di esempio, insegnava Espiard (sopra Lebrun, *loc. sup.*), « se l'erede presuntivo abbia sofferto nominarsi un curatore alla eredità giacente, ovvero abbia accettato un legato in una consuetudine in cui non possa essere simultaneamente erede e legatario. » (Confr. Ferrières, su l'art. 316 della Cons. di Parigi; Legrand, su la Cons. di Troyes, art. 418, Glos., I, n. 58; Merlin, *Rep.*, v. *Erede*, sez. II, § 1, n. 3).

7. — La nostra novella regola è molto più chiara e positiva!

Non ammettonsi più tante rinunzie!

A cagion di esempio il successibile ha sofferto, secondo la espressione di Espiard, la nomina di un curatore alla eredità giacente (art. 811 — 730); viemaggiormente se egli stesso sia stato nominato curatore! (Confr. arresto C. cass. 6 ventoso anno XIII, Barth, *D.*, *Rac. alfab.* v. *Success.*, n. 576).

Ovvero ha lasciato gli altri parenti appropriarsi esclusivamente la eredità, e sostenere altresì, in presenza sua ed in sua saputa, iudizii ne quali non è intervenuta; e si presenta dappoi, come diceva Guy-Coquille, vinta in causa *ad paratas epulas*! (su l'art. 205 della Cons. del Nivernese);

Ovvero ha dimandato, avverso il suo coerede, il pagamento di tutto il credito da lui vantato personalmente contro il *de cuius*, come se non fosse seguita veruna confusione (art. 1300 — 1254);

Oppure ha dimandato il rilascio di un legato non fattogli senza esenzione dalla collazione (art. 813, 845 — 762, 764).

Indubitabilmente son questi atti, i quali parrebbero appalesare lo intendimento suo di non essere erede; e di fatti un tempo sarebbero stati interpretati, segnatamente ne' paesi di diritto scritto, nel senso di una tacita rinunzia.

Oggidi ben diversa debbe essere la nostra risposta; ed in nessuna di tali ipotesi l'erede potrà andar risguardato rinunziantе (confr. decis. C. di Bruxelles 11 fruttidoro anno II, Dev. e Carr., *Collez. nuova*, I, 2, 459; arresto C. cass. 6 ventoso anno XIII, Barth, *Dev. Collez. nuova*, 2, I, 74; Zachariae, *Massé e Vergé*, t. II, p. 345; Marcadé, art. 784, n. 1).

Il nostro onorevole collega Taulier, nel obbedire per qual motivo la rinunzia debba essere espressa, mentre l'accettazione può esser tacita, ha risposto che « questa diffe-

renza discende dalla natura de'le cose, ben si comprende, egli dice, che l'accettazione nascondesi in un fatto; dappoi ch'è vi sono mille diversi fatti di natura tale da svelare la volontà di accettare; ma torna impossibile escogitare un fatto da cui debbasi desumere una rinunzia. » (T. III, p. 239).

Cotesta spiegazione non ci pare soddisfacente; e l'esempio del nostro antico diritto dimostra effettivamente non tornare impossibile lo inferire da un fatto dell'erede la volontà di rinunziare. Dunque se l'odierno legislatore non ha ammesso poter la rinunzia aver luogo, come l'accettazione, *re facto*, ben altra ne è la ragione: segnatamente la ragione si è aver voluto che si manifestasse, in modo indubitato e pubblico, a' terzi interessati a conoscerla: or tal motivo non militava relativamente all'accettazione, la quale sempre legalmente presumesi.

La precedente soluzione dovressi sempre mantenere rispetto a' creditori della eredità o a' legatarii: appresso dimosteremo se fosse suscettiva di temperamento circa i coeredi o gli eredi di grado susseguente (*infra*, n. 22).

8. — Dal dover la rinunzia essere espressa non conseguita richiedere espressioni sacramentali; e, vien qualunque le adoperate espressioni, è sufficiente essere indubitata la volontà di rinunziare (arg. dall'art. 1273 — 1227).

È ben vero che un tempo sursero, all'obbietto, contese circa le diverse formole suscettive di venire adoperate; e seriamente movendosi dubbio se la formola *nolle adire* racchiudesse rinunzia! (confr. Furgole, cap. X, sez. II, n. 85). Anzi Guy-Coquille insegnava « Per rinunziare non basta dichiarare non sono erede! ma conviene andare più oltre e dire espressamente io rinunzio ». (Su l'art. 26, del tit. delle *Succes.* della cons. del Nivernese). Similmente la consuetudine di Sedano con l'art. 201 disponeva: « Chi abbia dichiarato semplicemente non essere erede non reputasi avere validamente rinunziato ». *Disposizione molto singolare*, diceva Lebrun (lib. III, cap. VIII, sez. II, n. 26); ed indubitamente Lebrun non andava errato! avv. giacchè il nostro antico diritto aveva, nella subbietta materia, singolarmente toccato gli estremi; dappoi ch'è, mentre ammettevansi con sì perigliosa facoltà le rinunzie tacite, non voleva i ravvisare una rinunzia nella manifestazione di volontà più espressa!

9. — Lo essenziale si è che il rinunziantе

chiaramente dichiarati a quale eredità ed in quale qualità rinunzia; e Lebrun inculcava altresì che l'atto esprimesse il genere di eredità cui si rinunzia (lib. III, cap. VIII, sez. II, n. 36).

Di fatti talvolta può accadere che la stessa persona venga chiamata, in forza di due diverse qualità a conseguire i beni di un trapassato.

A cagion di esempio un ascendente donante trovasi simultaneamente, nella successione del figliuolo, erede anomalo per le cose da lui donate ed erede ordinario per gli altri beni (art. 747—670; *red.* il tomo I, n. 490).

Oppure un parente vien chiamato alla stessa successione in duplice qualità, dapprima come erede personalmente, in proprio nome, e poscia come erede di un erede morto dopo l'apertura della successione.

Ben si comprende essere allora necessario che il successibile si spieghi, affinchè si sappia a quale eredità o in qual qualità intende rinunziare.

Indubitatamente in similgiante caso, dovrebbero interpretarsi in modo restrittivo la dichiarazione che paresse equivoca; dappoichè la rinunzia non si presume (confr. decis. C. di Limoges 22 giugno 1810, Boudhe, Dev., 4843, II, 496).

Ma non pertanto, se l'erede avesse rinunziato *indefinitamente*, come insegna l'arguzia, senza circoscrivere la sua rinunzia all'una o all'altra eredità, reputerebbesi aver rinunziato ad entrambe (*de' Testam.*, cap. X, sez. II, n. 101; *red.* pure il tomo II di questo trattato, n. 343 bis).

È siffatte quistioni d'interpretazione dando sempre luogo a molteplici incertezze, è prudenza antivenire mercè categorica dichiarazione.

10. — Relativamente a' motivi inducenti il successibile a rinunziare, ben si comprende non esser menomamente astretto a disvelarli (art. 775—692).

Altronde cotesti motivi esser possono sommarmente diversi: ed il giuriconsulto Ulpiano con molto acume faceva ciò osservare.

... Cum variae sint hominum voluntates, quorundam negotia timentium; quorundam vorationem; quorundam aeris alieni cumulum, tametsi locuples videatur haereditas, quorundam offensas vel incidium, quorundam gratificari volentibus his, quibus haereditas relicta est, sine onere tamen suo... (L. 3 ff. *ed senatusc.* Trebell.).

Di fatti tali sono le precipue cagioni determinanti le rinunzie, tranne nell'adimento il timore di sembrare ricco ed eccitare la invidia: oh! piuttosto l'ambizione affatto contraria agita e turba la nostra società!

È da soggiugnere che, sotto l'impero del nostro diritto, molti eredi rinunziavano ad obbietto di andare immuni dall'obbligo della cassazione (art. 843, 845—762, 764).

Neppur mancano gli esempi, sventuratamento, di eredi i quali nel rinunziare, sono mossi dall'unica cagione di frodare i propri ereditori! (art. 783, 1167—705, 1120; *infra*, n. 75).

11. — B. Abbiain detto (*supra*, n. 3) non essere sufficiente che la rinunzia sia espressa.

Inoltre è uopo che venga fatta nella cancelleria del tribunale di prima istanza nel cui perimetro giurisdizionale si è aperta la successione, sopra un registro particolare tenuto a questo effetto (art. 784—701).

La dichiarazione esizando più positiva di rinunzia, fatta altrove, non appagherebbe adunque il voto della legge (*red.* *infra*, n. 16).

Non noi parliamo soltanto di una dichiarazione verbale, onde il successibile avesse manifestato, anche pubblicamente, ed in presenza degli interessati, il suo intendimento di rinunziare: è troppo evidente nulla aver fatto in tal guisa (confr. il tomo II, n. 373—376). Supponendo cotesta dichiarazione fatta in atto scritto sia in privata scrittura, sia per atto autentico, è mestieri pure affermare che essa non costituirebbe una rinunzia (confr. decis. C. di Bordo 4 apr. 1855, de Lamarthonie G. del Foro, t. I, del 1857, p. 107; Toulhier, t. II, n. 383; Duranton, t. VI, n. 472; Chabot, art. 784, n. 4).

Un tempo non avveniva così; e nello stesso perimetro di quelle consuetudini richiedenti che le rinunzie fossero espresse, ammettevansi potersi fare avanti ad un notaio qualsivoglia, val dire in luoghi diversi, che i terzi non potevano scoprire, e per atto di cui non avevano diritto di diiundare la comunicazione.

Dalle quali cose conseguiva che gl'interessati non avevano alcun mezzo di conoscere le rinunzie che i successibili avessero potuto fare, e che quando s'indirizzavano ad essi, sa la fede della legge medesima, la quale gli additava loro come i successori del defunto, costoro potevano esibire un atto di rinunzia che rendeva inutili e frustane le spese fatte dai terzi!

Tali sono gli abusi cui il nostro Codice ha

inteso per termine; e conseguentemente ha stabilito che tutte le rinunzie dovessero seguirlo in un luogo unico, dove i terzi sarebbero sempre sicuri di rinvenirle, qualora esistessero; ed inoltre che dovessero farsi sopra un pubblico registro a parte di tutti coloro i quali volessero consultarlo. Cotesio luogo doveva essere naturalmente la cancelleria del tribunale nel cui perimetro giurisdizionale si trova sito il luogo dove si è aperta la successione (art. 110—115).

È per maggior comodo delle indagini il Codice ha richiesto che uno speciale registro venisse appositamente destinato a ricevere le rinunzie (agg. art. 1157 C. Nap.: — 1422, ed art. 874 C. di proc. — 952).

12. — Altronde le stesse formalità della rinunzia sono oltremodo semplici.

È bastevole che la dichiarazione venga ricercata e scritta dal cancelliere sul registro e sottoscritta dal rinunziante, ovvero che si faccia menzione di non sapere o non potere sottoscrivere.

« Senza bisogno di altra formalità », dichiara l'art. 997 C. pr. — 1703.

Laonde la presenza di un giudice non trovasi menomamente richiesta; e neppure è necessario, come praticavasi un tempo, che il rinunziante prestasse giuramento (confr. Chabot, art. 784, n. 4).

13. — Taluni hanno insegnato che il rinunziante dovesse essere assistito da un patrocinatore (confr. Biocho, v. *Rinunzia alla comun.*, n. 6; Chauveau sopra Carré, *Quist.* 2629, e *Com. su la Tariffa*, t. II, p. 488; Mourlon, *Repet. scrit.*, t. II, p. 101).

È ben vero che alquanto d'ordinario il successibile, il quale si rechi in cancelleria per fare la rinunzia, trovasi assistito da patrocinatore; indubbiamente cotesio sistema offre il vantaggio potersi il patrocinatore attestare tanto meglio in cancelleria la identità del rinunziante; e se di fatti il rinunziante non sia conosciuto dal cancelliere, addiverà possibile che egli lo faccia ricorrere a siffatto metodo.

Ma noi non sapremmo divisare che in diritto l'assistenza di un patrocinatore costituisca una condizione indispensabile alla rinunzia.

Di fatti da un lato nessuna legge impone tale assistenza; se l'art. 94 della tariffa attribuisce un diritto di vacanza al patrocinatore per assistere l'erede rinunziante alla eredità tutto ciò che ne conseguita si è che l'as-

sistenza medesima è facoltativa, e non già che sia obbligatoria (ved. art. 997 C. pr. — 1073).

D'altro lato il vero si è che cotesia dichiarazione di rinunzia non potrebbe riguardare quale atto di procedura (confr. *deis. C. di Bordo* 21 dic. 1854, *Escorne, Dev.*, 4853-2-289; *Rodiere, Proced. civ.*, t. III, p. 380; *P. Gilbert, Cod. di proc. annot.*, art. 997, n. 4; *Marcadé, art.* 784, n. 4).

14. — Abbiamo già detto non esser necessario che il rinunziante si rechi personalmente in cancelleria, e potersi far rappresentare da un mandatario (ved. il t. II, n. 353 bis.)

Il mandato dovrà rimanere nullo al registro ad obbietto di garantire la certezza e la irrevocabilità della rinunzia; epperò ad evidenza debba conferirsi per iscritto (confr. *Duranton*, t. VI, n. 482).

Esso debbe altraltri essere speciale (ved. il t. II, *loc. supra*).

Ma è forse indispensabile che sia autentico?

Chabot lo richiede autentico (art. 784, n. 4; agg. *Delaporte, Pandette franc.*, t. III, p. 464).

Non pertanto, da parte nostra, non ammettiamo cotesia dottrina.

Puossi forse conferire il mandato in privata scrittura ad obbietto di consentire un atto il quale, in conformità della legge, può farsi unicamente in forma autentica?

Non è questo il luogo di esaminare compiutamente cotesa tesi; altronde l'abbiamo già parzialmente esposta altrove (ved. il nostro tomo V, n. 407, *Trattato della Paternità e della filiazione*); ed abbiamo affermato che lo stesso mandato poteva conferirsi in privata scrittura, quando l'autenticità dell'atto da consentire dal mandatario non venisse imposta da motivi di protezione, e di garanzia a pro del mandante: or l'autenticità della rinunzia si richiede, segnatamente con uno scopo di pubblicità, affinché i terzi possono conoscerla, o non già per garantire la libertà della volontà del rinunziante, la quale non abbisognava effettivamente in questo caso di veruna particolare protezione; dunque il mandato, ad obbietto di fare in cancelleria cotesa dichiarazione di rinunzia, può venir conferito con privata scrittura (art. 1985—1987; confr. *Duranton*, t. VI, n. 472; *Belot-Jolimont*, sopra *Chabot*, art. 784, osserv. 2; *Favard, Repert.*, v. *Rinunzia*, § 1, n. 3; *Za-*

chariaz, Aubry e Rau, t. V, p. 468; Massé e Vergé, t. II, p. 310; D. Rac. alfab. v. Successione, n. 582; Merville, *Rivista pratica di Diritto francese*, 1856, t. II, pag. 97 e seg.)

45.—Seguita la diebinrazione di rinunzia in cancelleria, la rinunzia medesima trovandosi piena; talechè la legge non impone altra condizione o formalità (art. 997 C. pr. — 4073).

Dunque il rinunziente non è tenuto notificare la rinunzia a' terzi interessati: spetta ad essi lo andare in cancelleria a verificare se siavi l'atto di rinunzia (confr. decisi. C. di Nîmes 8 nov. 1827, Dayre, Sirey, 1828, II, 208; ved. nulladimeno infra, n. 32, 33).

46.—Se le formalità della rinunzia sono semplicissime, conviene soggiungere contemporaneamente esser desse essenziali.

Nello interesse de' terzi ed effettivamente in un interesse di ordine pubblico trovansi fermate dal legislatore; e puossi affermare aver egli voluto così attribuire alla rinunzia il carattere di un atto solenne, non surrogabile da veruno equipollente, e la quale ha, sotto questo rapporto, il carattere stesso della traslazione degli atti traslativi di dominio e della iscrizione de' privilegi e delle ipoteche su' registri del conservatore.

Di qui discende che la rinunzia dovrebbe venir dichiarata nulla:

1° Se si fosse fatta, sia per atto notarile (supra, n. 41), sia nella cancelleria del tribunale di un luogo diverso di quello in cui si fosse aperta la successione;

2° Se non si fosse ricevuta dal cancelliere del tribunale del luogo nel quale doveva seguire (art. 4317 — 1271);

3° Se non fosse sottoscritta dalla parte o dal suo mandatario e dal cancelliere;

4° Se non si fosse inserita sul registro speciale di cancelleria destinato alle rinunzie (confr. decisi. C. di Poitiers 28 giugno 1839, Moreau, Dev. 4840, II, 78; di Bordò, 21 dic. 1854, Escorne, Dev., 1855, II, 289; arresto C. cass. 14 nov. 1853, stesse parti, Dev., 1856, I, 267; Toulhier, t. II, n. 338; Duranton, t. VI, n. 472; Poujol, art. 784, n. 4; Favard, *Rep.*, v. Rinunzia, § 4, n. 3; Championnière e Rigaud, *de' Diritti di registrazione*, t. I, n. 517; Zachariae, Massé e Vergé, t. II, p. 316.)

Indarno obbietterebbesi le nullità dovendosi rinvenire fermate dalla legge, e l'art. 781 — 701 non dichiarar nullo l'atto di rinunzia nel

quale non si trovassero osservate le formalità da esso imposte.

Faremo primamente riflettere che nel progetto di Codice civile (dell'anno VIII), l'art. 789, divenuto l'art. 784 in esame, finiva con la espressione *sotto pena di nullità* (Fenet, t. II, pagini 139). E ben vero che tale espressione non venne ritenuta; ma non potrebbe ad evidenza inferirne un mutamento di volontà del legislatore all'obbietto.

In vero un atto può esser nullo per vizio di forma non solo quando la legge rannoda espressamente in pena di nullità alla inosservanza delle forme da essa imposte, ma eziandio quando le forme medesime riguardino la sostanza essenzialmente costitutiva di questo atto: «... quando», diceva Molinéo, *hoc respicit formam, quae dat esse rei...* (t. III, p. 48, su la legge I, ff. de Verb. obligat., n. 2; confr. il nostro tomo III, n. 237, *Trattato del matrimonio*);

Or son queste le quattro formalità la cui inosservanza debbe, come abbiamo detto, trar seco la nullità della rinunzia;

Ed il testo medesimo dell'art. 781 è all'obbietto decisivo: «... la rinunzia, non può farsi, esso dichiara, che presso la cancelleria...»

Dunque, eccetto tali condizioni, la rinunzia non si è potuto fare; e di fatti puossi ragionevolmente affermare che la rinunzia in tal caso non è nulla o almeno annullabile; dappoichè il vero si è non esservi rinunzia!

17.—Nulladimeno conviene eliminare ogni esagerazione; e dalla circostanza essersi la rinunzia ricevuta non nella cancelleria, ma nel domicilio del rinunziente, dove il cancelliere avesse recato il registro non dovrebbero inferire esser nulla, se altronde offrisse tutte le altre condizioni di validità.

Sarebbe questo un irregolare modo di procedere, il quale potrebbe rendere responsabile il cancelliere come pubblico funzionario rimpetto all'autorità superiore, ma non offenderebbe la validità della stessa rinunzia: avvegnachè non potrebbesi risguardare sostanzialmente l'indicazione del luogo in cui la dichiarazione di rinunzia debbe riceversi, trovandosi altronde la dichiarazione medesima regolare, come supponiamo, sotto tutti gli altri rapporti (confr. decisi. C. di Bordò 21 dic. 1854, Escorne, Dev., 1855, II, 289; arresto C. cass. 14 nov. 1853, stesse parti, Dev., 1856, I, 267; ved. nondimeno arresto C. cass. 7 apr. 1842, Denuelle, Dev., 1842, I, 289.)

48. — La nullità della rinunzia può venire opposta al rinunziante da ogni persona interessata, sia da' creditori o da' legatarii, sia dai suoi coeredi o dagli eredi di grado susseguente (confr. deciz. C. di Bordò 4 apr. 1855, de La Marthonie, *G. del Foro*, t. I, del 1857, p. 407; *vedi* nondimeno *infra*, n. 20-24).

49. — Ma reciprocamente lo stesso rinunziante può forse opporre a' terzi interessati la nullità della sua rinunzia?

Per la negativa puossi sostenere che cotesta forma della rinunzia trovasi stabilita con uno scopo di pubblicità, e val dire soltanto nello interesse de' terzi, e che quindi non iscorgesi per qual motivo il rinunziante stesso potrebbe recedere dalla propria rinunzia, e prevalersi di una trasgressione che forse gli si potrebbe anche personalmente ascrivere (confr. deciz. C. di Bruxelles 10 dic. 1819, Cambier, Dev., e Carr., *Collez. nuova*, 6, II, 466; arresto C. cass. 6 nov. 1827, Vinot, Sirey, 4828, I, 227; ed una considerazione della decisione della Corte di Bordò del 24 dic. 1854, Escorno, Dev., 1855, II, 289.)

Non pertanto ci parrebbe più giuridico lo statuire che la nullità della rinunzia, ne' casi da noi additati (*supra*, n. 46), è assoluta, e che conseguentemente può venire dedotta non solo da' terzi avverso il rinunziante, ma eziandio da questo avverso quelli:

4° Di fatti il testo dell'art. 784 è assoluto: « . . . essa non può farsi . . . » dunque la rinunzia seguita fuori le condizioni imposte non sussisterebbe nè pro nè contro alcuno.

2° Per regola generale la conseguenza della inosservanza delle formalità stabilite, come insegnavano i dottori, *ad solemnitatem*, e non semplicemente *ad probationem*, è tale che la loro inosservanza colpisce l'atto di una nullità assoluta, ed il riduce, verso e contro tutti, *ad non esse*.

3° Altronde non è pienamente ben fondato il sostenere che le formalità della rinunzia non sonosi fermate nello interesse del rinunziante (*vedi supra*, n. 3); avvegnachè, già pure sotto lo impero dell'antico Diritto, Lebrun, ravvisando che la conseguenza è sì rilevante da privare legittimi eredi de' propri diritti, voleva precisamente nel loro interesse che la rinunzia venisse sottoposta a determinate garentie (lib. III, cap. VIII. sez. II, n° 36).

4° Da ultimo osserviamo da un lato che qui trattasi di una dichiarazione meramente

unilaterale, da cui i terzi logicamente possono argomentare sol quando sia unisona alla legge; e d'altro lato che formerebbesi all'eredità una posizione piena d'ineguaglianze e di perigli, ponendolo così in balla de' terzi, a beneplacito di cui la rinunzia potrebbe, secondo i loro varii interessi, andar risguardata ora nulla, ora valida! (Confr. deciz. C. di Poitiers 28 giugno 1839, Moreau, Dev., 1840, II, 78; Toullier, t. II, n.° 338; Favard de Langlade, *Rep.*, v. *Rinunzia*, § 4, n. 3; Delaporte, *Pandette franc.*, t. III, p. 455; Vazeille, art. 784, n. 2; Duranton, t. VI, n. 472.)

20. — Dal fin qui detto (*supra*, n. 47, 48) conseguita che la formalità della rinunzia, come trovasi fermata con l'art. 784, richiede verso e contro tutti, e che la rinunzia non fatta in conformità dell'articolo medesimo non può produrre veruno effetto verso chicchessia.

Di fatti tal dottrina ci sembra ben fondata; ma è importante il ben definirla e non estenderla oltre i suoi giusti confini. Dobbiamo tanto più renderla precisa in quanto che una opposta dottrina parrebbe essersi suggerita da nostri dotti colleghi della Facoltà di Strasburgo:

« La rinunzia alla eredità, essi dicono, è efficace, *riguarda a' creditori ed a' legatarii*, sol quando siasi fatta nelle forme imposte dall'art. 784....

« Ma, fra' successibili, la rinunzia non va sottoposta ad alcuna forma speciale; dunque è dessa suscettiva di venir fatta ed accettata con ogni specie di atto autentico o privata scrittura; potrebbe eziandio, in alcuni casi, ammettere una tacita rinunzia. » (Zachariae, Aubry e Ran, t. V, p. 468.)

E noi leggiam pure nel libro di Massé e Vergé che:

« Questa forma (dell'art. 784) è imposta in modo assoluto *solo rispetto a' creditori della eredità*; ma che fra' successibili la rinunzia fatta per atto autentico o privato è sufficiente. » (Sopra Zachariae, t. II, p. 346).

Noi avvisiam pure, o ci faremo a dimostrare (*infra*, n. 24) che la rinunzia potrebbe esser valida fra un eredo ed i suoi coeredi o gli eredi di grado susseguente, anche quando non si fosse fatta in conformità dell'art. 784; e, sotto questo rapporto, la suggerita distinzione offre al certo un lato sommarmente vero. Nulladimeno tal distinzione ci pare essersi proposta in termini troppo assoluti; e non am-

metteremmo, rispetto a noi, simigliante formula.

In vero vuoi dire forse che la rinunzia di cui parla l'art. 784; la rinunzia propriamente detta, la rinunzia unilaterale, possa validamente farsi dall'erede zimpetto agli altri eredi diversamente che mercè dichiarazione nella cancelleria del tribunale?

I termini assoluti della distinzione, tal quale trovasi stabilita, parrebbero implicare l'affermativa; ma se questo fosse lo intendimento degli autori su riferiti, a noi non sembrerebbe giuridico.

A cagion di esempio un successibile ha fatto solo una dichiarazione meramente unilaterale di rinunzia, sia per atto notarile, sia nella cancelleria di un tribunale diverso da quello del luogo in cui si è aperta la successione.

Gli altri successibili o i parenti di grado susseguente possono mai pretendere esser valido, rispetto a loro, un tale atto di rinunzia?

Noi noi crediamo: questo atto sarebbe, a parer nostro, nullo riguardo ad essi del pari che riguardo a' creditori ed a' legatarii; per modo che non potrebbero vincolare, verso di loro, il successibile che lo avesse fatto, notificandogli accettare egli stesso cotesta pretesa rinunzia.

Non è questa una offerta che egli abbia fatta loro, nè un contratto che abbia inteso concludere con essi: la rinunzia, come trovasi fatta da lui, era una dichiarazione semplice ed unilaterale, la quale, in conformità dell'art. 784, poteva seguire soltanto nella cancelleria del tribunale nel cui perimetro giurisdizionale erasi aperta la successione;

Or il testo medesimo è assoluto: esso non distingue i creditori ed i legatarii da' consuccessibili: il legislatore ad evidenza ha voluto che l'art. 784 fosse applicabile nella stessa guisa, verso tutti coloro i quali potessero avere interesse a conoscere la rinunzia; ed i successibili hanno tale interesse, come i eredi ed i legatarii, per le azioni di divisione ed altre esperibili fra essi;

Dunque è ben vero esser l'art. 784 applicabile a' successibili del pari che a' creditori ed a' legatarii; dunque la rinunzia, non seguita in conformità dell'art. 784, è nulla altresì rispetto a' successibili; e come non si potrebbe invocare contro di loro, così egualmente non possono prevalersene (confr. decis. C. di Poitiers, 28 giugno 1839, Moreau,

Dev., 1840, II, 78; di Bordò 4 apr. 1855, de Lamarthonie, Dev., 1856, II, 408; e *supra*, n. 18.)

21.—Dunque sotto qual punto di veduta soltanto, ed in quali casi potressi sostenere potersi la rinunzia validamente fare verso i successibili altrimenti che mercè dichiarazione in cancelleria?

Precisamente quando tal rinunzia sarà convenzionale, val dire quando sarà il risultato di un concorso di volontà tra un erede ed i suoi coeredi o gli eredi di grado susseguente.

A cagion di esempio supponiamo che un successibile si obblighi, mercè transazione o con ogni altro contratto verso i suoi consuccessibili o verso i successibili di grado susseguente, a rinunziare alla eredità spettatagli. Ben si comprende doversi innanzi tutto disaminare se questa rinunzia avesse avuto luogo mediante un prezzo, *aliquo dato, mediante pecunia*, esse per contrario costituire non vera accettazione, a norma dell'art. 780 — 697 (ved. il t. II, n. 436 e seg.).

Ma se venga riconosciuto in fatto che il successibile, obbligandosi a rinunziare, non abbia per tal circostanza medesima accettato, dovrassi dichiarare la sua rinunzia obbligatoria tra lui o le altre parti contraenti:

1° Di fatti ogni convenzione è obbligatoria quando venga legalmente formata, val dire quando non osti a' buoni costumi, all'ordine pubblico o a qualche disposizione proibitiva di legge (art. 1134 — 1088);

Or la convenzione in disamina, onde il successibile si obbliga verso altri a non giovarsi della eredità spettatagli, debbe rimaner salda sotto tutti questi rapporti;

Dunque debbe essere obbligatoria fra le parti.

2° Si obietterà forse osteggiare essa il disposto con l'art. 784, a norma di cui una forma speciale o di rigore richiedesi per le rinunzie alla eredità?

Ma nel caso in esame non incontrasi precisamente rinunzia; epperò non potrebbesi pretendere essersi violato l'art. 784, nè esser nulla la rinunzia.

L'art. 784, riguarda la rinunzia propriamente detta, la rinunzia unilaterale, il cui effetto assoluto si è lo stabilire, come con sommo fondamento statui la Corte di cassazione (*infra*), i generali rapporti del successibile verso e contro tutti (ved. il t. II, n. 362 *ter.*).

Per contrario trattasi qui di una convenzione ordinaria, onde il successibile ha fatto non una rinunzia, ma una promessa di rinunziare, la quale non osta che rimanga effettivamente erede rispetto a tutti gli altri interessati, fino a quando non abbia fatto in cancelleria la sua rinunzia, il cui effetto meramente relativo si è l'obbligare verso le parti con cui abbia contrattato, ma la quale certamente almeno debbo obbligarlo verso di esse. Nell'antico diritto Furgole additava, con molto fondamento, la differenza fra la rinunzia ed il patto, che « la rinunzia, egli diceva è l'atto del solo erede rinunziante, per cui trovasi escluso dalla eredità rispetto ad ogni sorta di persone...; mentre il patto dipende dal consenso di tutti i contrattanti... e giova unicamente a coloro i quali l'abbiano accettato » (de' Test., cap. X, sez. II, n. 98; confr. arresti C. cass. 14 ag. 1825, Bevy, D. 1825, I, 407; arresto C. cass. 6 nov. 1827, Vinot, Sirey 1828, I, 277; decis. C. di Bordò 4 apr. 1825, de Lamarthonie, G. del Foro, t. I del 1837, p. 407; arresto C. cass. 4 marzo 1856, Gaillard, Dev. 1856, I, 872; Coin-Delisle, *Rivista critica di giurispr.*, 1857, t. X, p. 297; Championnière o Rigaud, *de' diritti di registratura*, t. I, n. 516—519; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 784, osserv. I; Marcadé, art. 784, n. 1; Vazeille, art. 784 n. 2; Favard, *Rep.*, v. *Rinunzia*, § 1, n. 3; Fourné de Conflans, art. 784, n. 2; D. *Rac. alfab.* v. *Success.*, n. 579.).

22. — Appunto entro questo limite ed in questo senso soltanto si è potuto sostenere poter la rinunzia esser tacita ancora oggidì, cioè nel senso che la premessa convenzionale, da parte del successibile, di non dichiararsi erede, potrebbe di fatti emergere tacitamente, ma necessariamente dal carattere e dalle clausole della convenzione da lui consentita (ved. *supra*, n. 7).

Tal sarebbe, osserva Poujol (art. 784, n. 1), il caso di una istituzione contrattuale con obbligo dello istituito di pagare a ciascuno degli altri figli, una determinata somma per soddisfarli della loro riserva: quelli che ricevono la somma così stipulata consentono alla esecuzione di questo atto, e rinunziano alla eredità.

23. — Ma onde si è statuito parimente che Nel caso in cui l'erede, convenuto in giudizio per consentire alla collazione delle cose da lui ricevute dal defunto, ovvero rinunziare alla eredità per attenersi alla donazione,

lasci trascorrere il termine prefissogli dal magistrato per deliberare all'obbietto, il suo silenzio equivale ad una rinunzia; anzi reputerebbesi aver rinunziato, se avesse accettato, entro il termine prefisso, sotto una condizione il cui avveramento fosse incerto (confr. arresto C. cass. 3 ag. 1808, Brondé, Sirey 1808-I-490; Merlin, *Rep.*, v. *Rinunzia ad eredità aspettata*, § 1, n. 5; Toullier, t. II, n. 339; Malpel, n. 329).

Ma cotesta particolare applicazione di un principio, vero di per sé, ci sembra oppugnabile.

Di fatti se è ben fondato che la rinunzia possa emergere da una convenzione, anche semplicemente tacita, fra consuccessibili, almeno è forza che la volontà di rinunziare sia indubitata: or siffatta certezza trovasi forse raggiunta per l'unico motivo essere stato l'erede silenzioso circa la scelta a lui competente durante un certo termine o avere praticato la scelta medesima sotto una condizione, la quale doveva far risguardare non avvenuta la manifestazione della volontà sua? precisamente ciò lice rievocare in dubbio; ed il più sicuro partito, a ceder nostro, sarebbe lo statuire, con l'onorevole Duvergier, che, quando l'erede venga così convenuto in giudizio da' suoi coeredi, ed egli stia silenzioso, debbesi presumere conservare la posizione dalla stessa legge attribuitagli (art. 724-784 — 645-701), val dire che debbesi presumere erede accettante, e che la divisione debba aver luogo come se avesse effettivamente accettato, salvo il farlo soggiacere alle spese della divisione medesima, se la sua tardiva rinunzia avesse per risultamento di renderle inutili (sopra Toullier, t. II, n. 339, nota c.).

§ II

Quali sono gli effetti della rinunzia?

SOMMARIO.

24. — L'erede rinunziante è stato lo fatto erede; ma in diritto, e per una finzione legale, reputasi non esserlo mai stato.

25. — Nulladimeno il rinunziante non può venire rappresentato. — Rimando.

26. — Nella regola l'erede rinunziante doversi considerare essere stato sempre estraneo alla eredità discendendo dai correlativi corollari.

27. — A. il rinunziante reputasi non aver mai avuto alcun diritto su' beni ereditari: — Ma onde 1° nessun diritto di mutazione è da lui dovuto.

28. — 2° L'erede rinunziante può ricevere la donazione o dimandare il legato sottoposto dal *de ejus*, quando senza eccezione dalla collazione.
29. — 3° Nessun diritto si è potuto stabilire an'beai ereditari da parte dell'erede rinunziante.
30. — 4° Il rinunziante non può ricevere alcuno de' beni ereditari.
31. — 5° Viceversa egli conserva tutti i diritti da lui vantati verso la eredità.
32. — 6° Nessuna domanda, nessun procedimento, nessun atto di procedura qualsivoglia può esercitarsi verso l'erede rinunziante. — Spiegazione. — Conseguenze.
33. — Continuazione. — *Quid*, se al trattare di procedimenti incoati verso l'erede prima della sua rinunzia e possa proseguirli?
34. — Continuazione.
35. — 7° Gli atti conservatori fatti prima della rinunzia, sia dall'erede, sia da persone terze, debbono mantenersi.
36. — 8. I diritti ereditari, competenti all'erede rinunziante, vengono assenti da quelli cui competerebbero direttamente, se non fosse esistito il rinunziante; e costoro reputati averli di fatto direttamente conseguiti, a dir *morit*, dello stesso *de ejus*. — Divisione.
37. — I. A chi mai giova la rinunzia? — Regola generale.
38. — Continuazione. — Esempi ed applicazioni delle regole per ciò che riguarda il diritto di accrescimento.
39. — Esempi ed applicazioni per ciò che riguarda il diritto di devoluzione.
40. — Continuazione.
41. — Del diritto di accrescimento, quando vi siano figli naturali in concorso con eredi legittimi. — Rimando.
42. — Il diritto di accrescimento e quello di devoluzione per effetto della rinunzia ha luogo nelle successioni irregolari come nelle successioni regolari.
43. — II. A qual titolo il diritto di accrescimento o il diritto di devoluzione giova a coloro a pro di cui ha luogo? — Il rinunziante reputasi avere trasmesso i propri diritti a coloro che succedono in sue vece.
44. — Continuazione.
45. — Continuazione.
46. — Continuazione. — Se l'erede rinunziante avesse ricevuto dal *de ejus*, una donazione o un legato senza assenzione dalla collazione, gli eredi, cui giova la sua rinunzia per diritto di accrescimento o devoluzione, non forse tenuti ad imputare lo importare di questo liberalità su la porzione ereditaria loro spettante?
47. — Fissato il principio del diritto di accrescimento o di devoluzione, naturalmente ne discendono le conseguenze. Secondo 1° l'accrescimento o la devoluzione non ha luogo a pro della stessa persona degli eredi che ne traggono vantaggio; e quindi ha luogo, anche dopo la loro morte, a pro de' loro rappresentanti.
48. — 2° L'accrescimento è sempre necessario e forzato. — Rimando.
49. — 3° La porzione di rinunziante trovata, compresa nella sostituzione di cui l'erede accettante, cui giova l'accrescimento, fosse stato gravato dal *de ejus*.

24. — A norma dell'art. 785 — 702:

« L'erede che rinuncia è considerato come se non fosse mai stato erede. »

È questo l'effetto principale ovvero piuttosto l'unico effetto della rinunzia, quello, di cui tutti gli altri effetti, che ci faremo a desumere, sono essi medesimi puri corollari.

Altrode abbiamo già osservato che la disposizione dell'art. 785, molto più esatta di quella dell'art. 777—694, era la conseguenza perfettamente logica della generale teorica del nostro Codice nella subbietta materia (ved. il tomo I, n.° 435, ed il tomo II, n.° 315).

L'erede era stato investito della eredità sotto la risolutiva condizione della sua rinunzia;

Or l'effetto della condizione risolutiva avverata si è il riportare retroattivamente le cose nel medesimo stato che se nulla si fosse praticato (art. 4479, 1483—1432, 1436);

Dunque la rinunzia doveva di necessità annichilire lo investimento nel passato e risalire, circa tutte le sue conseguenze, sino al giorno dell'apertura della successione, *retro*, come esprimevasi Ulpiano (l. l. § 4, ff. si *quid*. in *fraud*. patroni, confr. Furgole, cap. X, sez. 2, n. 400; Pothier, Introd. al tit. XVII della Cons. di Orleans, n. 67.)

Indubitabilmente in fatto lo investimento è sussistito; ed il successibile ha avuto la qualità di erede: laonde solo uerochè di una finzione torna possibile cancellarne retroattivamente la traccia. L'erede rinunziante è considerato, dichiara l'articolo in esame, non essere stato mai erede.

Ma in diritto cotesta finzione addiviene legale verità) e di fatti essa produce legalmente la stessa situazione che se lo investimento non si fosse giammai, neppure per un solo istante, raggiunto dall'erede rinunziante.

25. — Poirebbsi altresì sostenere l'erede rinunziante doversi considerare, relativamente alla eredità, come se non fosse mai esistito o come se fosse trapassato prima dell'apertura della successione, se cotesta formula effettivamente esatta su tutti gli altri punti, non osteggiasse, circa un importante punto, il disposto con l'art. 787 — 704.

A norma di questo articolo: « Non si succede giammai rappresentando un erede che ha rinunciato: se il rinunziante è il solo erede nel suo grado, o se tutti i coeredi rinunciano, subentrano i figli per diritto proprio e succedono per capi. »

Dunque non sarebbe ben fondato il sostenere, sotto questo punto di veduta, dove il rinunziante andar considerato, rispetto alla eredità, come se non fosse mai esistito o

come se fosse morta prima dell'apertura della successione; dappoichè se fosse morta prima della sua apertura, avrebbe, potuto essere rappresentata; dovchè per contrario la stessa sua esistenza, ad onta della sua rinunzia, vi forma ostacolo (confr. art. 744 — 666).

Intorno al su riferito art. 787, nel trattare della rappresentazione, offriamo sviluppiamenti, cui è sufficiente rimetterci (ved. il t. I, n. 402).

26. — Dalla capital premessa l'erede rinunziante doversi considerare essere stato sempre estraneo alla eredità, *alienus ab hereditate* (l. 22, § 1, Cod. de jur. delib.) finiscono due correlativi corollari:

A. Da un lato il rinunziante reputasi non aver mai avuto alcun diritto ne' beni ereditarii:

B. D'altro lato i diritti ereditarii, a lui competenti, vengono conseguiti da coloro cui sarebbero direttamente spettati se il rinunziante non fosse esistito ed egli di fatti reputasi averli direttamente conseguiti, *a die mortis*, dallo stesso *de cuius*.

27. — A. — È primamente il rinunziante reputasi non aver mai avuto alcun diritto nei beni ereditarii.

Dalle quali cose convien desumere, per così dire, subordinatamente parecchi corollari:

1.° Nessun diritto di mutazione va dovuto dall'erede rinunziante; il che è evidente (Legge del 22 giaciale anno VII, art. 68, § 1, n. 4).

28. — 2° L'erede rinunziante può ritenere la donazione o dimandare il legato fattogli dal *de cuius*, eziandio senza esenzione dalla collazione; dappoichè, per la sua rinunzia, è da reputare precisamente qual donatario o legatario estraneo (art. 843, 845 — 762, 764; ved. pure *infra*, n. 95 e seg.).

29. — 3° Nessun diritto si è potuto stabilire su' beni ereditarii da parte dell'erede rinunziante; e, a cagione di esempio, le ipoteche legali o giudiziali, di cui i suoi immobili particolari si trovassero gravati, non avran potuto colpire gl' immobili ereditarii (2121, 2123, 2125, 2177 — 2007, 2009, 2011, 2074).

30. — 4° Il rinunziante non può ritenere alcuno de' beni ereditarii; la restituzione che è in obbligo farne debbe essere compiuta; e fa di mestieri che comprenda non solo il fondo ed il capitale, ma eziandio i frutti e gl'interessi: è questo il caso di dire, con Ulpiano,

fructus omnes augent haereditatem (l. XX, § 3, ff. de Haeredit. petit.; confr. Loyseau, dell' Abbandono, lib. VI, cap. IX, n. 4; Furgole, de Test., cap. X, sez. II, n. 100; ed il tomo I di questo Trattato, n. 302 e seg.)

31. — 5° Ma ben si comprende dover restituire soltanto le cose ereditarie; epperò se esso medesimo avesse un diritto qualsivoglia, sia personale, sia reale, su la eredità, dovrebbe conservarlo.

Del pari che la eredità dovrebbe pur conservare i diritti, reali o personali, che potesse vantare contro di lui.

In buona sostanza la confusione, momentaneamente e condizionalmente avvenuta, rimane annichilata e sciolta (art. 1300 — 1254; ved. il tomo II, n. 302 e seg.)

32. — 6° Nessuna dimanda nè procedimento, nessun atto di procedura qualsivoglia, può venire esercitato avverso l'erede rinunziante da' terzi, ereditori, legatari o altri, i quali dovessero esercitare dimande o procedimenti o atti di procedura avverso la eredità; del pari che gli altri eredi non potrebbero in avvenire formare contro di lui veruna dimanda di divisione o collazione.

Dalle quali cose è mestieri inferire:

1° Che i procedimenti o atti qualsivogliano formati, del pari che le sentenze ottenute da terzi avverso l'erede, posteriormente alla sua rinunzia, sarebbero nulli e non potrebbero venire opposti a coloro i quali conseguissero la eredità, per effetto della rinunzia, nè al curatore destinato alla eredità giacente (confr. Delvincourt, t. II p. 4, nota 6; Toullier, t. II, n° 398);

2° Che le spese di tali atti o procedimenti non dovrebbero andare a carico del rinunziante, nè a carico della eredità, ma a carico particolare del terzo che gli avesse indebitamente fatti.

Cotesta duplice illazione ci sembra ben fondata, quando di fatti, come presupponiamo, trattisi di procedimenti seguiti posteriormente alla rinunzia.

Nulladimeno una opinione, eziandio in tale ipotesi, ha preteso che, quando l'erede, dopo aver rinunziato, venisse non pertanto convenuto in giudizio in qualità di erede, sarebbe tenuto di far conoscere aver rinunziato ed andrebbe sottoposto alle spese fatte contro di lui sino a che non avesse notificato la sua rinunzia (Decis. C. di Limoges 23 luglio 1838, Dezemard, D., *Rac. alph.*, v. *Success.*, n. 586; confr. decis. C. di Bruxelles 20 apr.

4810, Carette Dev. e Carr., *Collez. nuova*. 3, 2, 259.)

Ma noi avvisiamo cotesta opinione essere mal fondata:

Primieramente nessun testo di legge impone all'erede l'obbligo di notificare a chiunque la rinunzia da lui fatta; e precisamente per procacciare a' terzi il mezzo di assicurarsene personalmente l'art. 784 — 701 ha comandato farsi in avvenire in determinato luogo e sopra un pubblico registro (art. 784; *ved. supra*, n. 15).

In secondo luogo tale obbligo avrebbe potuto riuscire sommaramente penoso e periglioso pel rinunziante, se avesse dovuto, ad onta della rinunzia da lui fatta, praticare inoltre notificazioni a tutti coloro i quali avessero nondimeno formato contro di lui domande; e siffatto periglio sarebbe stato tanto più grave nel caso di una eredità oberata, in quanto che da un lato molte domande avrebbero potuto quindi formarsi contro di lui, e d'altro lato non scorgesi troppo chiaramente da chi mai avrebbe potuto farsi rivalere delle spese ragionategli dalle notificazioni medesime.

Da ultimo soggiugniamo doversi al terzo incolpare il non aver praticato ricerche sul registro dell'eredità prima di rivolgersi all'erede; dappoiché, se è vero trovarsi l'erede medesimo impossessato (art. 721—645) e la rinunzia non presumersi (art. 784), è del pari indubitato poter l'erede rinunziare e la sua rinunzia, appena seguita, renderlo estraneo alla eredità (*confr.* Toullier, t. II, n. 398).

Neppur debbesi distinguere se la rinunzia si sia fatta prima o dopo il trascorrimento del termine di tre mesi e quaranta giorni conceduto per distendere inventario e deliberare: avvegnachè la eccezione dilatoria è facoltativa per l'erede, il quale ben si comprende poter rinunziare prima del decorrimento di quel termine; ed avendo rinunziato, in qualsivoglia epoca, addivene estraneo alla eredità e non ha più qualità per rappresentarla (*confr.* art. 797 e 799 — 714 e 716; ed i tomo II, n. 279 e seg.).

Potrebbe semplicemente esservi luogo, da parte del rinunziante, a ristoro de' danni-interessi verso i terzi, qualora, non solo non avesse fatto loro conoscere la sua rinunzia (la qual cosa, a paror nostro, non è tenuto di fare), ma qualora si fosse inoltre condotto verso di essi in guisa da far loro credere non aver rinunziato; ma è questo un punto di ve-

duta affatto diverso, il quale promuove semplicemente una questione di responsabilità e di danni-interessi (arg. dagli art. 4382, 4383 — 4336, 4337).

33. — La su esposta soluzione dovrebbe forse ancora venire ammessa, se si trattasse di procedimenti iniziati avverso l'erede prima della sua rinunzia ed i quali si fossero proseguiti dappoi?

In altri termini l'erede rinunziante, durante il corso di un giudizio o di un procedimento qualsivoglia, è forse tenuto di notificare la sua rinunzia allo istante?

Laddove chieggesi a carico di chi dovranno allora andar le spese fatte posteriormente alla rinunzia, non esitiamo a rispondere dover andare a carico particolare dell'erede rinunziante: di fatti da un lato cotesta procedura, incontra prima della sua rinunzia, era stata regolarmente annodata fra lui e lo istante; e conseguentemente poteva sottrarrvisi unicamente mercè di un atto in certa guisa in contraddizione di costui: d'altro lato lo istante, il quale erasi assicurato, prima di agire, non aver l'erede rinunziato, aveva praticato tutto ciò che eragli possibile di praticare; dappoiché non potrebbeasi ragionevolmente pretendere che vada ogni giorno in cancelleria durante il procedimento, o piuttosto che vi stia di permanenza, per conoscere se l'erede vi si recchi a far la rinunzia! (*confr.* decis. C. di Colmar 21 dic. 1830, Aron, D., 4831, 2, 490; di Lione 21 mag. 1831, Pacros, D., 4834, 2, 494; di Bordò 6 ag. 1833, Bouillon, Dev., 4834, II, 47; Toullier, t. II, n. 398; e Duvergier sopra Toullier, t. II, n.° 339, nota c.).

Ma forse gli atti di procedura fatti posteriormente alla rinunzia potrebbero in questo caso venire opposti agli eredi accettanti o al curatore destinato alle eredità giacenti?

Toullier (*loc. supra cit.*) Sembra insegnare l'affermativa; e potrebbeasi affermare in tal senso che, non potendosi ascrivere al terzo veruna colpa ed avendo potuto credere che il rinunziante fosse ancora erede e rappresentasse la eredità, tornerebbe ben fondato lo applicar qui la dottrina la quale mantiene gli atti fatti di buona fede da' terzi contra l'erede apparente.

Nulladimeno, in quanto a noi, non ammetteremo cotesta soluzione; avvegnachè in diritto l'erede, avendo rinunziato, era divenuto estraneo alla eredità; e, in ragione, il vero si è che la eredità non è stata più, a co-

minciare da questo momento, rappresentata nè difesa. A cagion di esempio non sarebbe forse ingiusto e pericoloso il permettere invocarsi avverso la eredità decadenze da' termini conceduti per produrre opposizione o appello, od ogni altra decadenza, che l'erede rinunziante avesse lasciato incorrere avverso di essa?

34. — Converrebbe forse riguardare qual cominciamento di procedura, sotto il punto di veduta della testè fermata distinzione (*sopra*, n. 33), la notificazione fatta dal creditore all'erede, anteriormente ad ogni rinunzia da parte sua, de' titoli esecutivi contro il defunto, in conformità dell'art. 877 — 797?

E conseguentemente l'erede il quale rinunziasse posteriormente a tale notificazione, dovrebbe forse notificare la sua rinunzia al creditore, sotto pena di soggiacere a tutte le spese che costui potesse fare dopo la rinunzia medesima?

La Corte di Nîmes, a parer nostro, ragionevolmente statui per la negativa, pel motivo che « tal notificazione, unicamente fatta per appagare il voto dell'art. 877, è un semplice preliminare della esecuzione, ma non ne forma parte . . . » (Decis. 8 nov. 1827, Dayre, Sirey, 1828, II, 208).

35. — 7.° Da ultimo osserviamo che, ad onta del principio fermato coll'art. 785 — 702, gli atti di amministrazione fatti dall'erede, prima della sua rinunzia, relativamente a beni ereditarii, in conformità degli art. 779 o 796 — 696 e 713, dovrebbero mantenersi; del pari che si dovrebbero mantenere gli atti conservatorii o di procedura, legittimamente fatti da' terzi contro di lui, durante questo legale mandato, in forza di cui ha amministrato la eredità, nullo intervallo dal giorno in cui si è aperta la successione sino al dì della sua rinunzia (ved. il tomo II, n. 413 o seg.).

Di fatti abbiamo più volte osservato che la condizione risolutiva non annienta in *præteritum* i semplici atti di amministrazione; e tal regola è qui tanto più applicabile in quanto che l'erede il quale abbia rinunziato, ha potuto fare atti di amministrazione meramente provvisoriale; dappoichè ogni altro atto l'avrebbe renduto accettante.

Dunque tutti gli atti di questo genere dovranno essere mantenuti; ed il rinunziante, nella sua qualità di amministratore provvisorio, dovrà render conto a chi di dritto (conf. Chaiot, art. 785, n. 2).

36. B. In secondo luogo abbiain detto (*sopra*, n. 26) che i dritti ereditarii, competenti all'erede rinunziante, vengono conseguiti da coloro cui sarebbero direttamente spettati se il rinunziante non avesse esistito; e che costoro di fatto reputansi averli direttamente conseguiti, a *die mortis*, dello stesso *de cuius*.

Cotesto duplice assunto trovasi sancito dall'articolo 786 — 703 nel seguente modo:

« La parte di quello che rinuncia si accresce ai suoi coeredi: se è solo si devolve al grado susseguente. »

La compilazione del predetto articolo non è sventuratamente tanto esatta quanto avrebbe potuto esserlo: tale inesattezza, o piuttosto improprietà di linguaggio, di cui lo stesso Pothier o parecchi altri aveano già un tempo dato l'esempio, riesce tanto più spiacevole, in quanto che è addivenuta la base di una dottrina sommamente rilevante, e, a parer nostro, affatto opposta ai veri principii.

Duplice punto è qui da risolvere:

I. A chi mai giova la rinunzia, come diceva Lebrun? (*loc. infra*).

II. A qual titolo e come mai coloro cui giova conseguono tal vantaggio?

37. — Primamente a chi mai giova la rinunzia?

Ai coeredi (del rinunziante), dichiara lo articolo 786, o al grado susseguente.

Possiamo già farci a esaminare cotesta formola; avvegnachè parrebbe annunziare sempre ed indistintamente a tutti i coeredi del rinunziante giovar la rinunzia; o non pertanto nulla è men vero!

Il progetto del codice civile (dell'anno VIII), nell'art. 91, divenuto l'articolo 786 in esame, esprioevasi molto meglio, dichiarando che la parte del rinunziante accresce *quella di colui o di coloro che dovevano concorrere con esso* (Fenet, t. II, p. 139); e torna spiacevole che cotesta compilazione non siasi ritenuta.

Di fatti la regola da fermare si è che la rinunzia di un erede giova unicamente a tutti coloro, cui avrebbe nociuto l'accettazione dell'erede medesimo; regola evidente l'avvegnachè è manifesto che coloro i quali nulla avrebbero perduto mercè la sua accettazione, nulla guadagnar possono mercè la sua rinunzia (conf. Bugnet sopra Pothier, tomo VIII, p. 116).

La medesima regola veniva da Lebrun espressa nel seguente modo:

« Le rinunzie giovano a coloro i quali succedono nella stessa guisa che sarebbe precisamente succeduto il rinunziante, se non avesse rinunziato, e con chi avesse una più stretta parentela... » e soggiungeva esser necessaria la conformità della successione... » Lib. III, capitolo VIII, sezione II, numero 66).

La stessa regola del pari altro articolo del nostro Codice, l' art. 130—142, ha fermato con esattezza maggiore dell' art. 786:

« Aprendosi una successione alla quale sia chiamata una persona di cui non consti la esistenza, sarà devoluta esclusivamente a quelli coi quali essa avrebbe avuto il dritto di concorrere, o a coloro cui sarebbe spettata in sua mancanza. » (Ved. il nostro tomo II, *Trattato dell' Assenza*, numero 208, 209).

Ciò che dispone l' articolo 136 circa lo Individuo di cui non consti la esistenza nel momento dell' apertura della successione, è mestieri dichiarare rispetto a chi rinunzi; e possiamo adottare, per ambedue i casi, la formula di quello articolo.

La qual cosa fa eco alla nostra prima proposizione, cioè che i dritti ereditarii del rinunziante debbono conseguirsi da coloro i quali gli avessero, sin dalla origine, direttamente conseguiti, se non fosse esistito.

Val dire finalmente che convien fare compiutamente astrazione dal rinunziante, e ripartire la eredità fra gli altri eredi, a norma del sistema generale del nostro Codice, su le chiamate ereditarie.

Laonde nulla evvi di più semplice; e trattasi semplicemente di attenersi di fatti al sistema generale del nostro Codice sui diversi ordini di successione (cap. III, art. 734 e seg.; ved. il tomo I, n. 345 e seg.).

38. — A fine di rendere precisa cotesta teorica del dritto di accrescimento e del dritto di devoluzione, non tornerà inutile somministrarne talune applicazioni in ciascuno degli ordini di eredi.

Parliamo primieramente del dritto di accrescere, val dire supponiamo che il rinunziante abbia coeredi:

I. Nell' ordine dei discendenti, se rinunzi un figliuolo di primo grado, la parte sua accresce parimente quella degli altri figli, suoi fratelli e sorelle, quando sieno egualmente di primo grado (art. 745—667).

Se vi sieno nipoti nati da un figlio premorto, il vantaggio della rinunzia di uno dei figli, diceva con sommo fondamento Lebrun,

riguarda allora il ramo dei coeredi, e non la persona di ciascuno dei nipoti, i quali succedono, per modum unius, per rappresentazione (art. 740, 743—661, 665).

E se rinunziasse uno di questi nipoti, la sua parte accrescerebbe esclusivamente quelle degli altri nipoti, val dire della sua stirpe o del suo ramo (confr. decis. C. di Grenoble 47 dicembre 1855, de Mons, Dev., 4856, II, 687.)

Converrebbe che la intera stirpe rinunziasse per potere la parte sua accrescere quelle degli altri figli e delle altre stirpi (art. 743).

II. Nell' ordine de' collaterali privilegiati, se supponansi fratelli e sorelle o discendenti da essi in concorso co' genitori, la parte di uno de' fratelli o sorelle rinunzianti accrescerà interamente quella de' suoi fratelli o sorelle, ad esclusione de' genitori; mentre la parte del padre rinunziante accrescerà per contrario interamente quella de' fratelli e sorelle, ad esclusione della madre, e viceversa (articolo 749, 750, 754 — 674, 672; ved. il t. II, n. 440.)

Circa il dritto di accrescere fra gli stessi fratelli e sorelle, conviene distinguere se sieno germani, consanguinei o uterini. Se sieno germani, ed uno di essi rinunzi, la sua parte accresce del pari quelle di tutti gli altri; ma se vi fossero, per esempio, due fratelli uterini ed un fratello consanguineo, la parte di uno de' fratelli uterini rinunzianti accrescerebbe quella del suo fratello uterino (articolo 752).

Essendo la rappresentazione ammessa a pro de' discendenti da fratelli e sorelle del defunto, evvi luogo ad applicare lo effetto del dritto di accrescere per capi o per stirpi, quando vi sieno nipoti, come l' applicammo nell' ordine de' discendenti (art. 742—663.)

III. Nell' ordine degli ascendenti la parte del rinunziante accresce esclusivamente quelle degli ascendenti della sua linea: se vi sieno, a cagion d' esempio, un avo ed un' avola paterni, ed un avo materno, la parte dell' avo paterno rinunziante accrescerà interamente quella dell' avola paterna ad esclusione dell' avo materno (art. 753, 746 — 668 e 669).

IV. Finalmente, nell' ordine de' collaterali non privilegiati, la parte del rinunziante in una linea accresce esclusivamente quelle dei coeredi della sua linea (art. 733, 752).

Ben si comprende diversamente accadere, se il rinunziante fosse unico erede nella sua linea, ovvero rinunziassero tutti gli eredi di

una linea : allora la parte spettante a questa linea accrescerebbe quelle degli eredi dell'altra linea (art. 755—574).

Ben si ravvisa nella maggior parte de' casi non essere rigorosamente fondato lo affermare, come afferma l'art. 786, che la parte del rinunziante si accresce a' suoi coeredi, tranne quando si voglia attribuire qui a tale espressione un senso speciale e circoscritto, il quale comprendesse unicamente coloro i quali si trovino legati fra loro, come diceva Lebrun, merco la più stretta uniformità di successione; e precisamente in questo senso Pothier affermava essere propriamente miei coeredi soltanto coloro i quali appartengono alla mia stirpe, ed i coeredi delle altre stirpi essere i coeredi della mia persona anzichè della mia stirpe... (*Delle success.*, cap. III, sez. IV, § 5; Lebrun, lib. III, cap. VIII, sez. II, n. 66).

39. — Possonsi fare, *mutatis mutandis*, le stesse applicazioni al diritto di devoluzione.

« Se il rinunziante è solo, dichiara l'art. 786, la parte sua si devolve al grado susseguente. »

Osserviamo che neppur sempre rigorosamente al grado susseguente si fa la devoluzione della parte del rinunziante: se, per esempio, suppongasì che il *de cuius* abbia il padre, un figlio ed un nipote, ed il figlio rinunzi, la successione dovrà devolversi non al padre, comunque in primo grado, ma al nipote, comunque in secondo grado (art. 745 — 667).

Dunque conviene osservare similmente, innanzi tutti, l'ordine delle Successioni; e ben si comprendo questo essere lo intendimento del testo in disamina; ma avvisiamo l'art. 136 averlo anche meglio manifestato, dichiarando devolversi la successione esclusivamente... a coloro cui sarebbe spettata in sua mancanza (confr. Duranton, t. VI, n. 491 e seg.; Tanhier, t. III, p. 244 e seg.; Chabot, 786; Sebire e Carterot, *Enciclopedia del Diritto*, v° Accrescimento, n. 2, 3.)

40. — È manifesto che nè l'accrescimento nè la devoluzione potrebbero aver luogo, quando trattasi di due diverse successioni o di successioni aventi per obbietto beni diversi.

Laonde un tempo il diritto dell'erede rinunziante a' beni paterni, non accrescevasi all'eredità de' beni materni « il quale non era, dice Pothier, suo coerede per tale successione (*delle Success.*, cap. III, sez. IV, § 5). »

È noi abbiamo pure rinvenuto, nel nostro imperante Diritto, una importante applica-

zione di cotesto principio (ved. il tomo I, n. 485; confr. Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 585.)

41. — Ciò che riguarda gli effetti del diritto di accrescimento, quando sieno figliuoli naturali in concorso con eredi legittimi, venne già esposto; e dobbiam rimetterci agli sviluppiamenti da noi dati intorno alle procarchie questioni derivanti da cotesto subbietto (ved. il tomo II, n. 26, 30, 32, 52, 53, 54, 65, 66 e 118.)

42. — Altronde, a parer nostro, non è da esitare a statuire che l'art. 786 è applicabile fra' successori irregolari gli uni riguardo agli altri; e che l'accrescimento o la devoluzione de' diritti del rinunziante debbe aver luogo nelle successioni irregolari come nelle successioni regolari.

Indarno obbietterebbesi il vocabolo *eredi* adoperato nell'art. 786: è questo un argomento che non potrebbe avere più, a credor nostro, alcun valore (ved. il tomo II, n. 30.)

L'art. 786 è la conseguenza dell'art. 785; e se questo è applicabile fra' successori irregolari, quello dovrà esserlo anche di necessità;

Or è manifesto che il successore irregolare rinunziante reputasi al pari dell'erede legittimo, ed eziandio a fortiori, non essere stato chiamato alla successione;

Dunque la parte attribuitagli debbesi attribuire per diritto di accrescimento o di devoluzione, secondo i casi, agli altri successori irregolari, cui stava, e cui sarebbe aspettata in sua mancanza.

E non oppongasi che il successore irregolare non ha lo impossessamento! avvegnachè il diritto di accrescimento o di devoluzione, comunque si voglia annettere al possesso, come altronde è abbastanza naturale il farlo, quando trattasi degli eredi legittimi, non deriva dal possesso medesimo; o la prova si è che apparteneva, appo i Romani, agli eredi esterni non impossessati (ved. il tomo II, numero 566.)

La cagion vera del diritto di accrescimento si è la indivisibilità della chiamata ereditaria; sì è che tal chiamata, offerta dalla legge per lo intero, non può parzialmente accettarsi: or cotesta indivisibilità di chiamata sussiste nelle irregolari successioni del pari che nelle regolari.

E precisamente questo è il motivo per cui non ammetteremmo, in quanto a noi, il temperamento suggerito da Demante, consistente

nel sostenere che, pe' successori irregolari, l'accrescimento non sarebbe forzato e che potrebbero dichiarare rinunziarvi (t. III, numero 400, bis III); avvegnachè, ammettendosi aver diritto all'accrescimento delle parti de' rinunzianti, l'art. 786 addivene loro applicabile; e, se l'art. 786 è loro applicabile, debbe ad evidenza esserlo per essi come pei successori irregolari, e statuire per gli uni ciò che statuisce per gli altri, val dire essere forzato l'accrescimento (ved. il tomo II, numero 354).

43. — Tali sono coloro cui giova il diritto di accrescimento o il diritto di devoluzione.

Ora a qual titolo giova ad essi? e come?

Massimamente qui la forma, onde trovasi compilato l'art. 786, ha dato luogo a conseguenze infinitamente gravi, e, a parer nostro, sommamente inesatte.

« La parte di quello che rinuncia si accresce a' suoi coeredi: se è solo si devolve al grado susseguente. » (Art. 786.)

La parte del rinunziante l' dunque si è affermato, il rinunziante ha conseguito la parte sua; dunque, eziandio dopo la sua rinunzia, va sempre riguardato averla ricevuta.

La parte medesima accresce quelle de' suoi coeredi; dunque, si è pure affermato, la parte di costoro trovasi quindi aumentata per una cagione novella e posteriore all'apertura della successione; dunque il diritto di accrescimento costituisce per essi una cagion di acquisto speciale e distinto dalla loro chiamata ereditaria primitiva e diretta; dunque altresì il diritto di devoluzione è, per gli eredi di grado susseguente, la cagion vera del conseguimento della eredità, cagione speciale e distinta dalla loro chiamata ereditaria personale.

E quindi si è andato considerando il diritto di accrescimento trasmettere a' coeredi del rinunziante i diritti da costui conseguiti, e formare di essi, per così dire, i suoi aventi causa!

44. — Siffatta teorica è venuta in campo precipitammento in materia di quota disponibile e di riserva.

Una quistione, per esempio, è sorta fra molti altri, i quali contendono in questo tanto arduo subbietto: si è dimandato se gli avi e le avole del *de cuius*, i quali succedono per effetto della rinunzia de' fratelli e sorelle, abbiano diritto a riserva (ved. il t. II, n. 55); e, per negar loro il diritto medesimo, si ragiona nel seguente modo:

« La finzione stabilita dal predetto articolo (785) ha per effetto di annientare retroattivamente i diritti e le obbligazioni conferiti ed imposte dallo impossessamento; ma non impedisce che l'erede rinunziante sia stato di fatto chiamato alla eredità ed abbian avuto il possesso sino al momento in cui abbia rinunziato. Se nella ipotesi in esame, gli ascendenti succedono, ciò avviene non in forza di chiamata diretta ed immediata della legge, ma per effetto di un fatto posteriore alla morte e meramente accidentale. Ciò che altronde dimostra desumersi dall'art. 785 una esatta e forzata conseguenza si è che, in conformità dell'art. 786, la cui disposizione è perfettamente unisona alla natura della rinunzia, l'unico effetto di questa si è il trasmettere, sia ai coeredi del rinunziante, sia agli eredi di grado susseguente, i diritti di questo ultimo, ed unicamente allo effetto della rinunzia così determinato applicarsi la retroattività stabilita dall'art. 785: or, non potendo i fratelli e le sorelle, mercè la loro rinunzia, trasmettere agli ascendenti una riserva di cui essi medesimi non godono, sarebbe uopo, per attribuire una riserva a questi ultimi, supporre che la rinunzia dei fratelli e delle sorelle dia nascimento a diritti inesistenti nella propria persona; la qual cosa è ad evidenza opposta alla natura della rinunzia. » (Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 554).

Pothier, in un luogo del suo *Trattato delle successioni*, parrebbe caldeggiare siffatta teorica:

« Chi rinunzia alla eredità, egli insegna, reputasi non essere stato mai erede; ma rimane sempre vero essergli descritta la eredità del defunto; e la parte deferitagli ed a cui rinunziò accresce quelle dei suoi coeredi. » (Cap. III, sez. IV, § 4; conf. arresto C. cass. 18 feb. 4848, Laroque de Mons, Sirey, 4848, I, 98; decis. C. di Caen 16 feb. 4826, Sirey, 4826, II, 296; di Parigi 25 lug. 4837; Dudonney, Dev., 4837, II, 436; Duranton, t. VII, n. 268; Toullier, t. III, n. 409; Troplong, *delle Donaz. e dei test.*, t. II, num. 784, 785).

45. — Non è questo il luogo di esaminare quistioni di quota disponibile e di riserva: ci faremo a disaminarle nel titolo delle *Donazioni tra vivi e dei testamenti*, dove imprendiamo a trattar compiutamente cotesta importante materia. Ma ci torna impossibile il non dichiarare, fin da ora, che quando si

volle poggiare su gli art. 785 e 786 similgiantie teorica, e desumerne tal conseguenza ed altre ancora, che in prosiegua ci faremo a valutare, si disconobbe, a creder nostro, gravemente il carattere verace e gli essenziali effetti della rinunzia, tali quali veogono sanetti dai medesimi articoli.

Altronde siffatta teorica non è nuova: da lungo tempo si cercò sostenere che l'accrescimento o la devoluzione emergente dalla rinunzia avevano un carattere traslativo: segnatamente nelle fiscali materie era venuta in campo similgiantie pretensione; ed erasi sostenuto che i figli, la cui porzione ereditaria trovavasi aumentata dalle rinunzie del fratello o della sorella, dovessero pagare il diritto di mutazione per tale aumento, per essi conseguito, sostenevasi, dal medesimo rinunziant; ma siffatta pretensione non ebbe alcun successo; anzi i riformatori della consuetudine di Parigi l'avevano positivamente eliminata (art. 6; confr. Hervé, t. II, p. 366; Poquet de Livronnières, lib. IV, cap. I, sez. II; Guyot, del *Livello*, cap. XIII, n. 42; Champagnière e Rigand, *dei Diritti di registro*, t. I, n. 506, 513 e 520).

Cotesta teorica neppur, dovrebbe avere, a parer nostro, il minimo successo, in qualsiasi rincontro, sotto l'impero del nostro vigente diritto; avvegnachè avvissiamo la vera dottrina per contrario essere che gli eredi, i quali, per effetto della rinunzia, conseguono i diritti ereditarii dal rinunziant, reputansi esserne stati direttamente ed esclusivamente investiti, a die mortis, senza intervallo e senza intermedia persona.

Cotesta dottrina al certo, a creder nostro, è quella appunto emergente nel tempo stesso dai testi o dai principii:

4°. A norma dell'art. 785 l'erede rinunziant reputasi non essere stato mai erede.

Siffatto art. è generico ed assoluto.

Da un lato non distingue gli eredi in linea retta dagli eredi in linea trasversale, i riservatarii dai non riservatarii; del pari che non distingue gli eredi, i quali abbiano ricevuto donazioni o legati dal *de cuius*, dagli eredi i quali non abbiano ricevuto da lui alcuna liberalità;

D'altro lato cancella ed annienta retroattivamente la qualità di erede in persona del rinunziant; e la cancella nel modo più radicale: l'erede rinunziant reputasi non essere stato mai erede! Mai! qual vocabolo di maggiore energia!

Dunque l'erede rinunziant, val dire ogni erede, riservatario o non riservatario, sia o pur no donatario o legatario del *de cuius*, ogni erede rinunziant debbesi riguardare non essere stato mai erede sotto alcun rapporto.

È manifesto adunque che l'art. 786 non potrebbe intendersi nel senso che l'erede accettante conseguisse, in qualsivoglia modo, i suoi dritti dal rinunziant! conciossiachè allora il legislatore avrebbe immediatamente dato a sè stesso la più positiva montia; e questi due articoli succedentisi si troverebbero quindi in flagrante contraddizione. Laonde niente di tutto ciò! Per contrario l'art. 786 desume semplicemente la pratica conseguenza dal principio fermato dallo art. 785; e la desume nnisonamente alla legale finzione fermata dal medesimo articolo, val dire nel senso che i coeredi del rinunziant e gli eredi di grado susseguente reputansi essere stati sempre soli eredi, essendo egli il rinunziant! repntato non esserlo stato mai. Se nell'art. 786 trovasi adoperata la espressione *LA PARTE di quello che rinuncia si accresce*, la medesima è da attribuire forse, innanzi tutto, alla imperfezione del nostro linguaggio, il quale rendeva di fatti alquanto malagevole la manifestazione della idea, che lo impossessato in fatto si dovesse considerare in dritto non esserlo stato giammai: altronde tale espressione trovavasi da lungo tempo usitata nella scienza; ma i nostri antichi autori, da cui veniva adoperata, professavano nondimeno che i coeredi del rinunziant reputavansi immediatamente impossessati dal defunto della porzione cui erasi rinunziato: son queste le stesse espressioni di Pothier nel luogo testè riferito (n. 44).

Relativamente all'art. 845 — 764, eziandio invocato, ed il quale di fatti eminentemente campeggia in tutte siffatte quistioni, in prosiegua ci faremo a ragionarne; ma ci sembra indubitato essere esso medesimo la conseguenza logica del principio fermato dall'art. 785: precisamente perchè l'erede rinunziant debbesi considerare come estraneo va immune dalla collazione, da fare nnicamente da coerede a coerede (art. 843, 857—762, 776; *supra*, n. 28); e noi non sapremmo ammettere, col nostro doto collega Aubry, che il rinunziant ritiene la donazione nella sua qualità di erede presuntivo; dappoichè reputansi non avere avuto mai questa qualità! (*V. ed. Rivista pratica di dritto francese*, 1857).

« Non come erede conserva la liberalità, si bene come donatario: la legge ha soltanto voluto che quando rinunzia la sua condizione non sia peggiore di quella di un estraneo; » appunto così esprimersi lo stesso onorevole Coin-Delisle, uno dei giureconsulti che han meglio propugnato cotesta interpretazione dell' articolo 786, che noi in questo momento ci facciamo a confutare (ved. *Limite del dritto di ritenzione*, ec., n. 217).

2° Siffatta interpretazione, osteggiante tutti i nostri testi, ci sembra parimente proscritta dai principii. In vero ciò che addimandasi dritto di accrescimento, donde mai discende se non dalla indivisibilità della chiamata ereditaria? La regola si è che coloro i quali vengono chiamati come eredi vengono chiamati ciascuno per lo intero; ed unicamente il loro concorso trae seco la necessità della divisione: *concurso fiunt partes*. Dalla qual cosa fluisce la conseguenza che se uno di essi rinunzii, il dritto degli altri, nella veracità del principio, non ne rimane accresciuto; conciossiachè non potrebbesi accrescere un dritto il quale già tutto comprendesse; se non che non res'a menomato: dunque i coeredi non acquistano, ma conservano; e piuttosto *jure non decrescendi* che *jure accrescendi* rimane loro la intera eredità.

A parer nostro è cotesta la verace teorica (confr. il t. I, n. 450 e 488; il t. II, n. 305 bis; Polhier, *del dritto di proprietà*, n. 248; *Nuovo Denizart*, v. *Accrescimento*, § 2, n. 1; Duvergier sopra Toullier, t. III, n. 409; Marcadé, art. 785, 786; Lagrange, *Rivista di dritto francese e str.*, t. I, pag. 428; Valette, *il dritto* del 17 dicembre 1845 e del 6 settembre 1854).

46. — Abbiamo osservato che precisamente in materia di quota disponibile e di riserva eransi messe in campo cotesta interpretazione degli art. 785 e 786 e la teorica desunta circa il carattere e gli effetti della rinunzia (*supra*, n. 44).

Ma tornava impossibile che cotesta teorica, ammessa una volta, non andasse bentosto generalizzandosi; e la irresistibile potenza della logica di necessità doveva farle trascendere, se lice così esprimerci, il confine entro cui erasi voluto circoscriverla.

E tanto precisamente è avvenuto!

Dunque si è preteso:

4° Che quando uno dei coeredi, sia di una linea, sia di una stirpe, rinunzii per conservare la liberalità fatta dal *de cuius* senza es-

onerazione della collazione, questa liberalità debbesi esclusivamente imputare su la porzione spettante, per dritto di accrescimento, ai coeredi della linea o della stirpe del rinunziante;

2° Che similmente quando l'unico erede di una linea rinunzii per esimersi dalla collazione di una donazione o di un legato, la donazione o il legato medesimo debbesi imputare esclusivamente su la metà spettante, per dritto di devoluzione, all' erede della linea del rinunziante.

Precisamente la *parte del rinunziante accresce* quelle dei suoi coeredi ovvero trovasi *devoluta* al grado susseguente: dalle quali cose conseguiva, si è detto, che i suoi coeredi o gli eredi di grado susseguente non possono esercitare i dritti a lui competenti, senza assumere le obbligazioni gravitanti su la sua persona *ubi emolumentum, ibi onus*:

Or il rinunziante sarebbe stato in obbligo d' imputare su la sua quota ereditaria l' oggetto della sua donazione o del suo legato.

Dunque tale obbligo debbe gravare parimente coloro cui i suoi dritti vengono trasferiti mercè la rinunzia di lui.

Come ben si scorge, è questa la medesima teorica l' o dobbiamo convenire che un tempo Lebrun ed il suo annotatore Espiard avrebbero favorito la illusione che volse qui desumere (lib. III, cap. VIII, sez. II, numero 64).

Ma noi già anticipatamente la confutammo.

La collazione, sia in natura, sia prendendo di meno, può andar dovuta soltanto da chi sia simultaneamente erede e donatario o legatario (art. 843—762);

Or da un lato chi abbia rinunziato è donatario o legatario, ma reputasi non essere stato mai erede; e d' altro lato coloro i quali sieno eredi e si reputino esserlo stati sempre esclusivamente sin dalla origine, non sono donatarii nè legatarii;

Dunque in simil caso non evvi luogo a veruna specie di collazione o imputazione.

Diversamente avverrebbe non trovarsi successori nella linea del rinunziante: di fatti se la liberalità da lui ricevuta fosse maggiore o eguale alla sua quota ereditaria, che inni si darebbe all' accettante!

Si è fatta altra obbiezione pur grave: si è additato un pericolo di frode: l' erede donatario o legatario, si è detto, si porrà in concerto, sia coi coeredi della sua linea o della sua stirpe, sia con l' erede di grado susse-

guente nella sua linea; e farà una pretesa rinunzia con l'unico scopo di esimersi dall'obbligo della collazione; gli altri faranno una accettazione; e poscia porranno in comune la liberalità e la quota ereditaria spettante alla loro linea ed alla loro stirpe per dividere insieme il tutto.

Rispondiamo che, se questa fraude venga dimostrata, gli altri eredi dovranno al certo ottenerne la riparazione.

Ma primieramente tal rinunzia potrà spessissimo aver luogo, a prescindere da ogni frode fra il rinunziente e gli altri. A cagion d'esempio, supponasi che la liberalità fatta al rinunziente sia maggiore della quota ereditaria che avrebbe conseguita accettando, può positivamente dichiarare rinunziare effettivamente sol perchè è suo interesse il farlo e valersi così del proprio dritto.

Ed altronde un pericolo di frode non potrebbe farci dipartire da tutti i principii a tal segno da riguardare *erede* chi abbia rinunziato e *quota ereditaria* la donazione o il legato che conservi dopo la sua rinunzia.

No! allora non evvi più erede, nè quota ereditaria: evvi unicamente un estraneo donatario o legatario; e conseguentemente la donazione o il legato fattogli debbe scemare di altrettanto la massa totale della eredità (confr. decis. C. di Parigi 4. luglio 1811, Forget, Sirey, 1811, II, 398; decis. C. di Grenoble 17 dic. 1855, de Mons, Dev. 1856, II, 689; Delvincourt, t. II, p. 33, nota 9; Darranton, t. IV, n. 504; Chabot, art. 786, numero 10; Vazeille, art. 786, n. 4; Poujol, art. 785, 786, n. 5; Rolland de Villargues, Rep. del not. v. Rinunzia alla eredità, numero 75 e seg.; Sebire e Carteret, Enciclop. del Dritto; v. Accrescimento, § 4, numero 5).

47. — Altronde nulla di più logico della vera dottrina del dritto di accrescimento o di devoluzione, quando effettivamente mantengasi nella verità sua e nella sua purezza.

Tutte le conseguenze che essa produr dee ne fluiscono, per così dire, da sè medesime.

Laonde, a cagion d'esempio:

1° L'accrescimento o la devoluzione avviene non a pro dei coeredi o degli eredi di grado susseguente, personalmente, individualmente; dappoichè, se così accadesse, converrebbe che fossero sopravvissuti alla rinunzia da cui sarebbersortito il dritto medesimo a loro pro: su la stessa successione l'accrescimento

o la devoluzione agisce col suo effetto retroattivo; epperò l'accrescimento o la devoluzione può giovare agli eredi, al legatarii ed a tutti i successori qualsivogliano dell'erede, trapassato prima della rinunzia, la quale vi abbia dato luogo: *portio enim deficiens portioni ejus qui adicit magis quam personae accrescit* (Pothier, delle Success., cap. III, sez. III, § 4: ved. il tomo I di questo trattato, n. 451, ed il tomo II, n. 508).

48. — 2° L'accrescimento è forzato; val dire che i coeredi del rinunziente, reputandosi essere stati chiamati, sin dalla origine, a tutta la quota, la quale si appartiene ora a loro, o alla totale eredità, non possono rinunziare alla quota del rinunziente; avvegnachè la quota medesima non sussistette giammai, e non puossi accettarla nè rinunziare parzialmente alla eredità.

Laonde l'articolo 786 è all'obbietto imperativo ed assoluto.

Ed è questo il motivo per cui non abbiám voluto, in quanto a noi, distinguere, come parecchi han fatto, se l'accettazione dei coeredi sia anteriore o posteriore alla rinunzia del loro coerede, nè se il loro coerede abbia rinunziato sol dopo avere accettato dapprima e poscia essersi fatto rilevare dalla sua accettazione (ved. il tomo II di questo trattato, n. 511 e 566).

49. — 3° Gli autori del novello *Denizart* avevano pur desunto dalla regola in esame la conseguenza che, se uno degli eredi fosse stato gravato di sostituzione, le porzioni da lui conseguite mercè la rinunzia dei suoi coeredi andavano comprese nel fidecommesso, e che trovandosi allora il gravato unico erede, ed accendendo l'accrescimento nella cosa, restituir dovea tutto ciò che eragli spettato in qualità di erede (v. Accrescimento, § 2, numero 4).

Cotesta illazione ci parrèbbe pure ben fondata oggi per tesi generale: o per lo meno sarebbe questa una quistione d'interpretazione da risolvere in conformità dei termini dell'atto e di tutte le circostanze, per conoscere se lo intendimento del disponente sia stato quello di gravare la quota ereditaria totalmente o solo parzialmente, come poteva (ved. art. 1048, 1049).

§ III.

In quali casi la rinunzia può mai venire ritrattata e dichiarata nulla? E quali son mai gli effetti della ritrattazione o dello annullamento?

SOMMARIO.

50. — Partizione.

50. — La rinunzia è forse irrevocabile?

Per rispondere con esattezza a siffatta questione è indispensabile distinguere una duplice ipotesi:

A. Quella in cui la eredità alla quale l'erede abbia rinunciato non trovisi ancora accettata da altri eredi;

B. Quella in cui per l'opposto la eredità siasi da altri accettata.

A. Della ipotesi in cui la eredità alla quale l'erede abbia rinunciato non siasi ancora accettata da altri eredi.

SOMMARIO.

51. — Quando la eredità non siasi ancora accettata da altri, l'erede rinunciante può ritrattare la sua rinunzia. — Questa disposizione è di novello diritto.

52. — Spiegazione e valutazione di questa novella disposizione.

53. — Il diritto competente al rinunciante di recedere dalla sua rinunzia non gli è personale.

54. — L'erede rinunciante può ritrattare la sua rinunzia, accettando in una maniera qualsivoglia.

55. — La facoltà di ritrattare la sua rinunzia va concessa al rinunciante sotto triplice condizione:

56. — 1. La prima condizione si è che la prescrizione del diritto di accettare non trovisi acquistata avverso l'erede rinunciante. — In che mai consista tal prescrizione? Da quali persone può mai venire opposta al rinunciante?

57. — Quali è mai il punto da cui debbe cominciare il computo di tale prescrizione?

58. — Tal prescrizione decorre forse avverso i minori e gli interdetti?

59. — II. In secondo luogo è necessario che la eredità non siasi già accettata da altri eredi. — Motivi.

60. — Qual è mai il senso del vocabolo *erede* adoperato nel l'art. 790? Vi vanno forse compresi i successori irregolari?

61. — Continuazione. — Basta forse, per potere essere il successore irregolare al ritorno del rinunciante, lo avere effettivamente adito la eredità?

62. — Almeno basta lo aver formato la domanda d'immersione in possesso? Ovvero per l'opposto è necessario essersi emessa la sentenza?

63. — Quid, rispetto a legatari e donatari universali?

64. — Il ritorno del rinunciante diviene impossibile, qualora gli altri eredi abbiano accettato in qualsiasi tempo ed in qualsivoglia modo.

65. — Quali sono gli altri eredi, la cui accettazione rende impossibile il ritorno del rinunciante?

66. — Continuazione.

67. — III. La legge permette al rinunciante il ritornare ad adire la eredità sotto condizione di mantenerli i diritti legittimamente acquistati da terzi.

68. — De' diritti che abbiano potuto acquistarsi mercede prescrizione.

69. — Continuazione.

70. — De' diritti acquistati per effetto degli atti validamente fatti col curatore destinato alla eredità giacente.

71. — L'erede riservatario, il quale abbia rinunciato, può forse, dopo aver ritrattato la sua rinunzia, agire per riduzione, sia contro i donatari, sia contro i terzi acquistanti?

51. — La prima ipotesi, intorno a cui dobbiamo ragionare, trovasi regolata dall'articolo 790—797 nel seguente modo:

« Sino a che il dritto di accettare un' eredità è prescritto contro gli eredi che vi hanno rinunciato, possono quegli ancora accettarla, quando essa non sia già stata accettata da altri eredi, senza pregiudizio però delle ragioni acquistate da terze persone sopra i beni dell' eredità, tanto in vigore della prescrizione quanto in forza di atti validamente fatti col curatore deputato all' eredità giacente. »

Già ravvisammo, nel ragionare dell'articolo 462—385, una simigliante disposizione; ma la facoltà, la quale sembrava dapprima essersi stabilita come speciale beneficio a pro degli eredi minori, rinviensi qui generalizzata a pro di tutti gli eredi indistintamente.

Altronde cotesta disposizione è di novello diritto.

Per Diritto romano e nel nostro antico Diritto francese la rinunzia era irrevocabile (confr. l. 4, Cod. de repud. haered.). E ben vero che Lebrun aveva affermato, dice Pothier, potersi ancora accettare la eredità dopo avervi rinunciato, purchè non siasi accettata da altri (lib. III, cap. VIII, sez. 2, n. 63; agg. pure Domat, *Leggi civili*, lib. I, tit. IV, numero 4). Ma precisamente su tal punto è stato contraddetto da Pothier, il quale dimostra che le due leggi romane invocate da Lebrun applicavansi agli eredi suoi (*delle Success.*, cap. II, sez. 3, § 3); ed il presidente Espiard, l'annotatore di Lebrun, osservava altresì che in buona giurisprudenza non potevasi sostenere la distinzione suggerita da quello autore (Lebrun, loc. *supra*; Furgolo, *de Testam.*, cap. X, sez. 2, n. 48, 50, 62 e 106; confr. nondimeno arresto C. cass. 24 marzo 1844, Goliay; decis. C. di Nîmes 12 nov. 1819, Serrecoart; arresto C. cass. 43

apr. 1818, Caron; di Bordò 26 gigno 1826, Tète, D., *Rac. alfab.*, v. Success., n. 669; arresto C. cass. 23 genn. 1837, Larrey, Dev. 4837, I, 393).

52. — Cotesta antica regola della irrevocabilità della rinunzia parca, conviene confessarlo, unisona alla ragione.

Imperocchè in ultima analisi l'erede rinunziente ha compiutamente perduto il possesso; è addiventato estraneo alla eredità; e nel tempo stesso i suoi coeredi o gli eredi di grado susseguente sono stati per l'opposto retroattivamente investiti del possesso: essi soli in avvenire han dritto, in qualità di eredi, ai beni lasciati dal defunto, a prescindere pare da ogni accettazione. Dunque come mai il rinunziente, mercè un semplice atto di sua volontà, può ad un tratto spogliarli di questo possesso e toglier loro il dritto medesimo da essi acquistato?

Taluni hanno impresso a diciferare la novella regola, affermando che gli eredi di grado susseguente non trovavansi allora impossessati per effetto della rinunzia dal più prossimo erede.

Ma tal diciferazione è, a parer nostro, affatto inaccettabile;

4° Perchè crediamo per l'opposto aver dimostrato che lo stesso erede di grado susseguente trovavasi allora retroattivamente investito del possesso, a die mortis (ved. il tomo I, n. 450);

5° Perchè, se l'articolo 790 poggiasse sulla circostanza non trovarsi il possesso consegnato da colui avverso il quale la ritrattazione della rinunzia è permessa, converrebbe inferirne la ritrattazione medesima non potere aver luogo contro i coeredi del rinunziente, anche quando costoro non avessero ancora accettato; avvegnachè al certo i coeredi mercè la rinunzia del loro coerede, sono stati impossessati della sua quota. E di fatti pongasi mente dove è stato uopo giugnere! È stato uopo pretendere, in questo sistema, che lo articolo 790 permette la ritrattazione della rinunzia nel solo caso in cui abbia prodotto una devoluzione, e non già nel caso in cui abbia prodotto un accrescimento. Ma tal distinzione, essendo troppo opposta al testo medesimo della legge, non può seriamente venir propugnata.

Dunque, ad onta del possesso bene o debitamente acquistato dagli altri eredi, sia dello stesso grado, sia del grado susseguente, il rinunziente può ritrattare la sua rinunzia.

Il legislatore avrà indubitabilmente diviso: da un lato che questa facoltà avrebbe il vantaggio di menomare vieppiù lo evento della vacanza, e dare alla eredità un rappresentante nello interesse di tutti coloro cui importa che venga definitivamente rappresentata; e d'altro lato che questa facoltà, in ultima analisi, nulla racchiudeva di eccessivo, sia perchè la rinunzia provenendo dalla volontà unilaterale di chi aveva praticata, potevasi rimuover dalla sola sua volontà; sia perchè la legge concedeva il possesso agli altri eredi, ed essa aveva indubitabilmente dritto di concederlo loro, in questo special caso, sotto questa condizione (ved. il tomo II, numero 313).

Chechè ne sia, lice il considerare la disposizione dell'art. 790 se non quale anomalia almeno qual favore, sotto alcuni riguardi, eccezionale.

Imperocchè ne risulta in ultima analisi la bastevolmente singolar situazione poter la eredità venire accettata indistintamente dagli uni o dagli altri, e quindi appartenere al primo accettante, e potrebbesi quasi dire al primo occupante!

53. — Siffatta facoltà, concessuta al rinunziente, di ritrattare la sua rinunzia, non gli è altronde personale; e può esercitarsi, sia nel corso di sua vita, dai suoi eredi (ved. *infra*, n. 76), sia dopo di lui dai suoi eredi o successori (vedi il t. II, n. 345 e 353).

54. — È parimente indubitato l'accettazione onde il rinunziente ritratta la sua rinunzia potere aver luogo:

Sia espressamente, sia tacitamente (ved. il t. II, n. 368; agg. decis. C. di Ronen 30 giu. 1837, Desperrois, Dev., 1838, II, 22);

Sia paramente e semplicemente, sia col beneficio dello inventario; dappoichè la nostra novella legge non fa alcuna distinzione di tal genere tra l'uso e l'altro modo di accettazione (confr. *infra*, n. 64).

55. — Cotesta facoltà di ritrattare la propria rinunzia viene concessuta al rinunziente sotto triplice condizione, cioè:

1° Che la prescrizione del diritto di accettare non trovi acquistata contro di lui;

2° Che la eredità non siasi già accettata da altri eredi;

3° Che i diritti validamente acquistati da terzi, nello intervallo, vengano rispettati.

Dobbiamo presentare chiarimenti intorno a ciascuna di tali condizioni.

56. — È primieramente è necessario che

la prescrizione del diritto di accettare non trovisi acquistata avverso l'erede rinunziante.

Val dire che l'erede non può più recedere dalla sua rinunzia dopo il decorso del trentennio dal di dell'apertura della successione; ancorchè la eredità non si fosse accettata da altri eredi.

Non pertanto si è insegnato che il rinunziante poteva per l'opposto in ogni epoca, eziandio dopo il trentennio, tornare ad adire la eredità, fuor a quando non si fosse accettata da altri, non avendo potuto decorrere, dicesi, la prescrizione in tal caso a pro di alcuno (confr. decis. C. di Bruxelles 41 frut. anno XI, Barth, Dev., e Carr., *Collez. nuova*, I, 2, 159; arresto C. cass. 6 ventoso anno XIII, stesse parti, *Collez. nuova*, I, 2, 474; decis. C. di Douai 30 nov. 1851, de Piolène, Dev., 1855, II, 263; Belosi Jolimet sopra Chabot, art. 790, ossere. 1; Vazeille, *delle Prescriz.*, n. 373; Fould de Confians, art. 790, r. 1).

Ma siffatta dottrina ci pare del tutto inattendibile:

Da un lato di fatti è manifesto che l'art. 790, quando dichiara potere il rinunziante recedere dalla sua rinunzia sol quando la prescrizione del diritto di accettare non trovisi acquistata contro di lui, sussegue e si annoda all'art. 789—706, e conseguentemente stabilisce la stessa specie di prescrizione: or abbiamo ravvisato che l'art. 789 ferma una speciale prescrizione della facoltà di accettare o rinunziare, la quale non è da confondere con la prescrizione della petizione di eredità; non richiedendo precisamente che un terzo siasi impossessato della eredità: dunque l'art. 790 neppur richiede tal condizione (ved. il t. II, n. 307);

D'altro lato le espressioni adoperate nell'articolo 790 fino a che il diritto di accettare un'eredità non è prescritto contro di esso ad evidenza non offrirebbero alcuna significazione nell'opposto sistema, in conformità del quale il rinunziante potrebbe sempre adire novellamente la eredità, se non trovisi già accettata da altri: Secondo tal sistema questa unica condizione rinverrebbe apposta dalla legge al ritorno del rinunziante: or l'articolo 790 vi appone due condizioni, richiedendo inoltre che la prescrizione del diritto di accettare non trovisi contro di lui acquistata.

Dunque la stessa legge priva il rinunziante, dopo il trascorrimento del trentennio, della facoltà concedutagli di ritornare ad impossessarsi della eredità; e quando obiet-

tasi che la prescrizione di questa facoltà avverso il rinunziante non ha potuto decorrere a pro di alcuno, si dimentica che la eredità può essere giacente e che altronde esiste sempre lo Stato (art. 768—684).

Consequentemente concludiamo che la prescrizione della facoltà di recedere dalla rinunzia potrebbe opporlo al rinunziante in qualsiasi modo, non solo per via di eccezione o di difesa, ma eziandio per via di domanda principale, da ogni persona avente interesse a negargli la qualità di erede:

Sia dagli eredi legittimi o dai successori irregolari, anche quando avessero accettato la eredità o dimandato la immissione in possesso posteriormente alla tardiva ritrattazione da lui fatta;

Sia dallo Stato;

Sia dai terzi debitori della eredità o possessori di beni creditarii, i quali, anche quando non potessero invocare a loro pro la prescrizione ad oggetto di liberarsi o di acquistare, potrebbero invocare avverso il rinunziante cotesta prescrizione della facoltà di accettare, la quale lo ha renduto in avveo estraneo alla eredità e privo di qualità per convenirli in giudizio.

E, ammettendo che tal prescrizione non potesse supplirsi di ufficio dal magistrato (art. 2223—2129), almeno potrebbe venire opposta altresì dal curatore destinato alla eredità giacente, il quale debbe anche consegnare l'eredità a chi abbia qualità per dimandarla (ved. nondimeno la decis. della corte di Douai su riferita; confr. Zachariae, Aubry e Rau t. V, p. 469; Demante, t. III, n. 3 bis, 4).

57. — Il termine di siffatta prescrizione decorre, come abbiamo detto, dal giorno dell'apertura della successione; ovvero a parlare con maggiore esattezza, debbesi computare al pari della prescrizione della facoltà di accettare o rinunziare, di cui trattasi nell'art. 789 e con la quale si confonde (ved. il t. II n. 316).

A primo aspetto parrebbe che il termine medesimo dovesse decorrere dal giorno della rinunzia: di fatti la prescrizione non potrebbe cominciare a decorrere avverso un diritto prima di cominciare ad esistere il diritto medesimo: or il diritto, per l'erede rinunziante, di recedere dalla sua rinunzia, comincia ad esistere sol dopo la medesima: dunque, potrebbe dire, la prescrizione di questo diritto può cominciare a decorrere a computare da questa ultima epoca.

Ma non è tale, a creder nostro, lo intendimento del legislatore.

L'art. 790, come già affermammo (*supra*, n. 56) sussegue l'art. 789 e tratta della stessa prescrizione: or, nell'art. 789, la prescrizione della facoltà di accettare o rinunciare decorre in generale dal giorno dell'apertura della successione (ved. loc. *supra cit.*); ed il tenore stesso dell'art. 790 dimostra che solo durante lo stesso intervallo di tempo, la legge concede al rinunciante il diritto di accettare dopo aver rinunciato, val dire, per periodo di tempo in cui il suo diritto di scelta perduri ancora, in conformità dell'art. 789 (confr. Demante, t. III, n. 3 bis, 4; Marcadé, art. 790, n. 41; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 469).

58. — Del resto non crediamo che questa prescrizione del diritto di accettare dietro rinunzia debba decorrere avverso i minori o gl'interdetti; dappoichè in tal caso non evvi particolare ragione per derogare alla regola generale, a norma di cui la prescrizione non decorre avverso di essi (art. 2252—2158; ved. *infra*, n. 69).

59. — In secondo luogo è mestieri abbiain detto (*supra*, n. 55, che la eredità non siasi già accettata da altri eredi (art. 790).

Di fatti quando altri abbiano accettato, la incertezza cui la legge voleva porre termine, nello interesse dei terzi, è cessata: la eredità ha un rappresentante; epperò gl'inconvenienti cui la disposizione dell'art. 790 aveva per iscopo di ovviare non esistono più.

Altronde l'accettazione ha fermato, a pro di coloro che la fecero, un dritto siffattamente stabile e bene acquistato, che tornava effettivamente impossibile il lasciarlo in avvenire a discrezione del rinunciante.

E poi finalmente la irrevocabilità della rinunzia trovavasi allora imposta, nello interesse generale dello Stato, ad obbietto precisamente di ovviare ad una deplorabile incertezza nella sorte delle proprietà ed antivenire la necessità di novelle liquidazioni e divisioni novelle.

60. — Siffatti motivi dimostrano abbastanza che il vocabolo *eredi*, adoperato nell'art. 790, debbesi intendere *lato sensu*, e che comprende non solo gli eredi legittimi, ma tutti coloro i quali vengono chiamati a conseguire, *loco haeredum*, la universalità dei beni ereditari.

Dunque il rinunciante non potrebbe recedere dalla rinunzia, se un successore irregolare

risre qualsivoglia, cui la eredità sarebbesi devoluta per effetto della sua rinunzia, avesse già formato dimanda d'immissione in possesso.

Non pertanto cotesta dottrina è stata oppugnata:

Da alcuni, i quali sostengono che la immissione in possesso di un successore irregolare qualsivoglia, di un figlio naturale, del conjugato superstite o dello Stato, non può mai ostare al ritorno del rinunciante (confr. decis. C. di Parigi 25 luglio 1826, de Vergennes, D. 4827, II, 433; Fouët de Couflans, articolo 790, n. 3; Chabot, il quale aveva dapprima propugnato cotesta tesi, l'ha poscia abbandonata, art. 790, n. 4);

Da altri, i quali distinguendo lo Stato dagli altri successori irregolari, non permettono al rinunciante di tornare a conseguire la eredità avverso i figli naturali o il conjugato, non gli permettono di conseguirla di nuovo avverso lo Stato (confr. Duranton, t. VI, n. 563; de Fremerville, *della Minore età*, tom. II, n. 563; Proudhon, *dell'Usufrutto*, t. V, n. 2214).

Ma, a creder nostro, nè gli altri oppongono al vero:

Parecchie volte abbiamo già dimostrato che il vocabolo *eredi* era suscettivo di amplissima significazione, e che spesso comprendeva, avuto riguardo alle circostanze in cui trovavasi adoperato, ed allo essenziale motivo del legislatore, tutti i successori in *universum jus* (ved. il tomo I, num. 422 e 160);

Or, da un lato, lo essenziale motivo del legislatore, non permettendo più al rinunciante di recedere dalla sua rinunzia, quando l'eredità siasi già accettata da altri *eredi*, è stato di rispettare i dritti acquistati: d'altro lato il dritto all'eredità trovavasi ad evidenza acquistato dai successori irregolari, i quali, con la loro dimanda d'immissione in possesso, hanno accettato come possono e debbono farlo;

Dunque l'art. 790 è loro applicabile.

Se diversamente fosse accaduto, questo articolo non avrebbe soltanto mantenuto, pel caso in cui la rinunzia venga ritrattata, gli atti validamente praticati col *curatore destinato all'eredità giacente*, ma avrebbe altresì mantenuto gli atti fatti col *successore irregolare*; e, facendosi affatto, ad evidenza non ammette la possibilità della ritrattazione della rinunzia avverso un successore irregolare (confr. gli art. 790 ed 811 — 707 e 730, ed il tomo II, n. 213),

Relativamente alla distinzione che pretendesi fare, sotto questo rapporto, fra lo Stato e gli altri successori irregolari, ci sembra del tutto arbitraria; dappoichè i testi sono assolutamente gli stessi per l'uno e per gli altri; ed il dritto trovasi parimente acquistato dallo Stato, appena formata la sua domanda d'immissione in possesso (confr. decis. C. di Bordò 15 genn. 1848, Sauvagat, Dev., 1848, II, 265; Delvincourt, t. II, pag. 34, nota 13; Toullier, t. II, n. 347; Chabot e Belost-Jolimont, art. 790, osserv. 2; Malpel, n. 338; Poujol, art. 790, n. 5; Marcadé art. 790; Taulier, t. III, p. 210; Demante, t. III, n. III bis, II; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 470; Massé e Vergé, t. II, p. 316).

61. — Si è giunto sino ad insegnare essere bastevole, per poter il successore irregolare fornire ostacolo alla ritrattezione dell'eredità, che si fosse di fatto impossessato della eredità (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 381, 382, nuova ediz.).

Ma abbiamo già confutato tal dottrina (ved. il tomo I, n. 456, ed il tomo II, n. 255).

E persistiamo a dividere esser necessario che il successore irregolare abbia formato domanda d'immissione in possesso (confr. decis. C. di Bordò 15 genn. 1848, Sauvagat, Dev., 1848, II, 263).

62. — Altronde tal domanda, una volta formata, prima della ritrattezione dell'eredità rinunziante, ci sembra sufficiente; e non crediamo esser necessario trovarsi effettivamente conseguita la immissione in possesso.

Indarno obbietterebbesi che, sino alla sentenza d'immissione in possesso, i successori irregolari sieno semplici *pretendenti-dritto* (art. 769—785), e che gli affissi e pubblicazioni susseccutivi alla loro domanda, han precisamente per scopo di avvertire gli eredi i quali potrebbero accettare la eredità in preferenza di essi (confr. Toullier, t. II, n. 347; Duranton, t. VI, n. 507).

I successori irregolari, sin dal momento in cui abbiano formata la loro domanda, hanno accettato nel modo onde dovevano legalmente farlo (ved. il tomo II, n. 260); e quindi il dritto ci sembra essersi da loro acquistato, in conformità dell'art. 790. Di fatti osserviamo non trattarsi qui di un erede il quale potrebbe accettare in preferenza dei successori irregolari: cotesto erede ha rinunziato; e conseguentemente i successori irregolari han dritto di accettare al pari di lui (ved. il tomo I, n. 462; Marcadé, art. 790, n. I; Ducaur-

roy, Bonnier e Rostaing, tom. II, n. 598, nota 4).

63. — Dal fin qui detto conseguita doversi altresì comprendere nella significazione del vocabolo *eredi*, adoperato nell'art. 790, i legatarii o i donatarii, chiamati a conseguire l'universum jus defuncti (supra, n. 60).

Dunque l'eredità rinunziante non potrebbe recedere dal'a sua rinunzia, se la eredità fosse già accettata da un legatario universale.

E sotto questo rapporto non evvi distinzione da fare fra l'eredità riservataria e gli altri; dappoichè l'art. 790 adopera il vocabolo *eredi*, senza veruna distinzione; ed in vero la riserva è una porzione della eredità cui lo erede aveva rinunziato (decis. C. di Parigi 15 gennajo 1857, Trenil, Dev. 1857, II, 301; confr. pure decis. C. di Pau 31 ag. 1834, Pons, Dev. 1834, II, 228; arresto C. cass. 23 genn. 1837, de Larrey, Dev., 1837, I, 393; Toullier, t. II, n. 347; Demante, t. III, n. 3, bis, 2; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 470).

64. — Non basta che gli altri eredi non abbiano rinunziato; ma è necessario che abbiano accettato (confr. decis. C. di Riom 25 mag. 1840, Begon, Sirey, 1841, I, 320).

Ma similmente, qualora abbiano accettato in qualivoglia tempo ed in qualsivoglia modo, il ritorno del rinunziante diviene impossibile.

In *qualivoglia tempo*; val dire, sia prima della rinunzia; ciò è incontrastabile, se abbiano accettato *dopo*; dappoichè è manifesto avere in tal caso accettato la eredità in quello stato in cui trovavasi allora, aumentata conseguentemente della quota del rinunziante; e tal dottrina non è meno ineluttabile, se avessero accettato prima; avvegnachè lo effetto della rinunzia risalendo al giorno dell'apertura della successione (art. 785 — 702), reputasi pure in tal caso avere accettato la eredità con l'aumento retroattivamente seguitovi (articolo 786 — 703); e la loro accettazione necessariamente indivisibile, la quale gli ha sottoposti di pieno dritto ai pesiereditarii corrispondenti alla quota del rinunziante, ha dovuto, per questa medesima circostanza fra loro acquistarsi di pieno dritto la sua quota nei beni. Diversamente converrebbe pretendere che gli altri eredi, i quali già avevano accettato prima della rinunzia del loro erede, son tenuti di fare un'accettazione novella e speciale da parte sua: or la legge nulla suppone di simile; ed una eredità non si accetta così più volte ed al minuto!

In qualivoglia modo, abbiamo soggiunto: valdrio sia espressamente o tacitamente (ved. il tomo II, n. 368); sia primamente e semplicemente o col beneficio dell' inventario; dappoichè l' articolo 790 non istabilisce veruna distinzione fra questi diversi modi di accettazione (supra, num. 54; arresto C. cass. 49 maggio 1835, Lecorbellier, D. 4835, I, 304; Duranton, tom. VI, num. 507; Duvergier sopra Toullier, tom. II, num. 346, nota b; Chabot, art. 790, num. 3; Vazeille, articolo 790, num. 3; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, pag. 470; Massé e Vergé, t. II, p. 316).

65. — Puossi affermare, per regola generale, che gli altri eredi (art. 790 — 797), la cui accettazione rende impossibile il ritorno del rinunziant, son tutti coloro unicamente, a quali la quota del rinunziant debbe giovare, sia per diritto di accrescimento, sia per diritto di devoluzione, in conformità della teorica da noi testè esposta (num. 37 e seg.).

Leonde, a cagion d' esempio :

1° Se uno de coeredi nella linea de' discendenti abbia rinunziato, l' accettazione de' suoi fratelli o sorelle, o de' rappresentanti de' fratelli o sorelle premorti renderà impossibile la sua ritrattazione (art. 745—667).

Ciò che puossi porre soltanto in questione si è se basti che un solo di essi abbia accettato per divenire irrevocabile la rinunzia riguardo a tutti? ovvero se per contrario il rinunziant potesse sempre ritrattare la sua rinunzia, almeno rispetto a coloro i quali non avessero ancora accettato? In vero potrebbesi sostenere che coloro i quali non hanno accettato non possono, per quanto li riguarda, prevalersi dell' accettazione fatta da loro coeredi. E nulladimeno ci parrebbe più uniforme al testo assoluto dell' art. 790 ed a principii lo statuire che l' accettazione fatta anche da un solo degli eredi ha renduto assolutamente impossibile il ritorno del rinunziant; dappoichè chi abbia accettato ha diritto di riconoscere i suoi coeredi soltanto coloro i quali non abbiano rinunziato; e se costoro medesimi rinunziassero, dovrebbe esclusivamente giovare del diritto di accrescimento (confr. arresto C. cass. 19 maggio 1835, Lecorbellier, D. 1835, I, 304).

2° Se un erede di una delle linee, paterna o materna, abbia rinunziato, l' accettazione a punto de' coeredi della sua linea gli precluderà la via della ritrattazione.

Allora non basterebbe che la eredità si fos-

se accettata dagli eredi dell' altra linea, eccetto nondimeno quando il rinunziant fosse solo erede della sua linea, ovvero tutti gli eredi della linea medesima avessero rinunziato (art. 733, 755 — 673).

3° Se due coeredi della stessa linea avessero rinunziato, e la eredità non si fosse ancora accettata da altri, il primo de' due che ritrattassero la sua rinunzia renderebbe impossibile la ritrattazione dell' altro.

4° Se l' erede o gli eredi di grado successibile in una linea abbiano rinunziato, non possono più tornare ad adire la eredità, appena accettata dagli eredi o da uno degli eredi di grado susseguente (confr. Chabot, art. 790, n. 2; Duranton, t. VI, num. 507; Marcadé, art. 790, n. 4).

66. — Ma è necessario che colui il quale accetta la eredità, sia di fatti divenuto erede per effetto della rinunzia che ha avuto luogo; e conseguentemente non ammetteremo che l' accettazione fatta dal parente di terzo grado, dopo la rinunzia del parente di primo grado, potesse ostare alla costui ritrattazione; dappoichè la eredità non eragli devoluta; e non era erede.

Tale assunto ci sembra indubitato pel caso in cui il parente di secondo grado non si fosse ancora determinato, quando il rinunziant abbia ritrattato la sua rinunzia.

E se potesse esservi qualche dubbio, questo potrebbe sorgere nel caso in cui il rinunziant avesse ritrattato la sua rinunzia solo dopo che lo stesso parente di secondo grado avesse altresì rinunziato (ved. il tomo II, n. 304, 305 e 531). Ma non pertanto il più sicuro partito sarebbe pure, a parer nostro, lo statuire che questa anticipata accettazione, che il parente di terzo grado, non ancor successibile, aveva potuto fare, a suo rischio e periglio, non potrebbe venire opposta all' erede, il quale avesse ritrattato la sua rinunzia prima di ogni novella accettazione da parte del parente medesimo, dopo essergli devoluta la eredità (confr. decis. C. di Bordò 15 genn. 1848, Sauvaget, Dev., 1848, II, 263; Duranton, t. VI, num. 507; Demante, t. III, n. 3 bis, II).

E non vero essersi insegnata una opposta dottrina; ma è dessa la conseguenza della teorica dello impossessamento collettivo e simultaneo a pro di tutti i parenti del *de cuius*; la qual dottrina venne da noi oppugnata (confr. il tomo I, n. 148; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 470).

67. — III. L'art. 790 permette al rinunziante lo adire novellamente la eredità senza pregiudizio però delle ragioni acquistate da terze persone sopra i beni della eredità, tanto in vigore della prescrizione quanto in forza di atti validamente fatti col curatore deputato all'eredità giacente (supra, n. 55).

È già un favore abbastanza importante il permettergli di ritrattarsi, ed adire novellamente la eredità, della quale erasi liberamente privato! Almeno conveniva garentire, avverso questa specie di reazione affatto volontaria da parte sua, i diritti legittimamente acquistati da' terzi, riguardo alla eredità.

Tal è lo scopo di questa special disposizione dell'articolo io esame, il quale costituisce effettivamente, per tal caso particolare, una importante modificazione della regola lo effetto dell'accettazione risalire al giorno dell'apertura della Successione (articolo 777 — 694).

68. — Laonde il testo in disamina mantiene primamente lo effetto della prescrizione, la quale avrebbesi potuto acquistare, nello intervallo dalla rinunzia alla ritrattazione fattane, sia da' debitori ereditari, sia da' possessori de' beni della eredità, sia da ogni altro; dappoi che la prescrizione è decorsa avverso la eredità giacente (articolo 2258 — 2464, 2465).

69. — Altronde già esponemmo i motivi che ci inducono a dividere colesia disposizione essere applicabile a tutti gli eredi indistintamente, di età maggiore o minore o interdetti (ved. il nostro *Trattato della Minore età*, ec., t. I, n. 701).

70. — Con maggior ragione dovevansi mantenere altresì gli atti validamente fatti col curatore alla eredità giacente; avvegnachè il curatore era il rappresentante della eredità, val dire di coloro i quali dovevano un giorno conseguirla, e sognatamente al certo di coloro i quali, per la loro rinunzia, avevano essi medesimi cagionato la vacanza, e necessitato la sua nomina.

Laonde è mestieri dichiarar validi tutti gli atti fatti col curatore, val dire, sia da lui, sia contro di lui, quando però siensi fatti validamente in conformità delle regole formate dalla legge ed entro i limiti de' poteri da essa conferiti al curatore (confr. art. 818, 814 — 732, 733).

71. — La corte di Montpellier giudicò che l'erede riservatario rinunziante non può più, ritrattando la sua rinunzia, agire per la ridu-

zione, sia contro i donatarii, sia contro i terzi acquirenti, cui i donatarii avessero trasmesso gl'immobili formanti l'obbietto della donazione eccessiva (Decis. 25 marzo 1834, Aibram, D. 1831, II, 243).

Non potrebbesi obiettare:

1° Che l'art. 790 mantiene i soli diritti acquistati da' terzi, sia mercè prescrizione, sia mercè atti validamente fatti col curatore, e che nè i donatarii nè i loro acquirenti possono invocare l'una o l'altra di tali cause;

2° Che di fatti evvi differenza fra le due ipotesi dal testo contemplate a quella di cui trattasi nella proposta quistione; dappoi che, in questa ultima ipotesi, il donatario o i suoi aventi causa invocano la stessa rinunzia, per preservarsi dagli effetti della ritrattazione: or precisamente la rinunzia è stata ritrattata: dunque, si dirà, gli effetti medesimi, gli effetti diretti ed immediati di tal rinunzia debbono altresì ritrattarsi: dunque l'erede debbe tornare ad impossessarsi della eredità, nella qualità a lui competente, val dire in qualità di riservatario, mentre, nelle due ipotesi contemplate dal testo, il diritto acquistato da' terzi non procede soltanto dalla stessa rinunzia, ma eziandio da altra causa, da causa distinta da siffatta rinunzia, cioè dalla prescrizione o dall'atto fatto col curatore; e ben si comprende allora che la ritrattazione della rinunzia non abbia per risultamento lo annientarli.

Non pertanto avvisiamo essere unisono al vero intendimento del legislatore il mantenere tutti i diritti acquistati da' terzi per effetto della rinunzia. Altronde tale intendimento si svela eziandio nel suo testo medesimo: di fatti l'art. 462 — 385 permette al minore, divenuto maggiore, o a' suoi rappresentanti, accettar la eredità cui dappinna venne rinunziato nello stato in cui si troverà al tempo dell'accettazione: or i due art. 462 e 790 debbono compiersi l'uno mercè dell'altro; e soprattutto è manifesto che un diritto, negato al minore dall'art. 462, non ha dovuto accordarsi alla persona di età maggiore dall'articolo 790! Ebbene adunque! in quale stato trovavasi la eredità, quando l'erede riservatario volle rimetterla? non è forse vero che il donatario ed i suoi aventi causa trovavansi, in quel momento, liberi dall'arion di riduzione? e questa applicazione degli articoli in esame non è forse affatto unisona al voto del legislatore, il quale non ha voluto che i diritti de' terzi rimanessero incerti in detrimen-

to sommo del credito privato e pubblico? Come! dopo diecisette anni questa azione di riduzione, estinta mercè la rinunzia dell'erede riservatario, potrebbe rivolgersi contro i donatari e gli acquirenti nulla sarebbe più opposto allo scopo cui mirò il legislatore (confr. *supra*, n. 63; Zacharim, Aubry e Rau, t. V, p. 174; Massé e Vergé, t. II, pag. 347; ved. pure Ducaurroy, Bonnier e Rousset, n. II, n. 600, nota 4).

B. Della ipotesi in cui lo eredità alla quale l'erede ha rinunciato si sia accettata da altri eredi.

SOMMARIO.

72. — Possaggio.

73. — La rinunzia, al pari dell'accettazione, può esser nulla o annullabile. — In quali casi la rinunzia è mal nulla?

74. — In quali casi la rinunzia è mal annullabile? — Osservazioni intorno al lacunismo ed alla insufficienza del nostro Codice nella suddetta materia. — Divisione.

75. — La rinunzia fatta dal debitore ad una eredità spettante gli può venir dichiarata nulla dietro la domanda de' suoi creditori. Esposizione.

76. — Del caso in cui la eredità cui abbia rinunciato l'erede debitore non si sia già accettata da altri eredi.

77. — Del caso in cui la eredità alla quale ha rinunciato l'erede si sia accettata da altri. — Questo caso viene precisamente contemplato dall'art. 758.

78. — Del diritto romano e della nostra antica giurisprudenza francese nella suddetta materia. — Osservazioni critiche.

79. — È forse accessorio che l'erede, nel rinunciare, abbia avuto in istantaneo di frodare i suoi creditori, per poter così loro ledere l'art. 758?

80. — È necessario che il documento abbia per causa diretta ed immediata la stessa rinunzia.

81. — Il magistrato potrebbe forse negare a' creditori l'autorizzazione di accettare la eredità, se accendano di minima consistenza?

82. — In qual forma la domanda de' creditori, in tal circostanza, debba introdursi?

83. — I creditori, dichiarata nulla la rinunzia, han diritto in forza dell'autorizzazione giudiziale da essi ottenuta, di essere prestati a tutte le operazioni della liquidazione e della divisione.

84. — I creditori, autorizzati ad accettare la eredità spettante al loro debitore, non divergono essi medesimi personalmente eredi. — Conseguenze.

85. — In che mai consiste il diritto de' creditori a' beni della eredità?

86. — Continuazione.

87. — Gli altri eredi possono escludere i creditori del rinunciante, alzando loro lo importare de' crediti.

88. — La rinunzia viene dichiarata nulla nello interesse e almeno alla sola concorrenza de' loro eredi. — Conseguenze.

89. — Continuazione. — Gli altri eredi potrebbero forse esercitare avverso il rinunciante l'azione di ripetizione?

90. — La rinunzia va sottoposta alle cause di rescissione e

nullità, le quali, in conformità de' principii generali, applicansi a tutti gli atti di volontà.

91. — 1° Le incapacità del rinunciante è una causa di nullità della sua rinunzia. — Rimando.

92. — 2° È a dire lo stesso della violenza e del dolo. — Basta forse che il dolo si sia praticato da una persona qualsiasi verso il rinunciante, per poter costituire, e contro tutti, una causa di nullità della sua rinunzia?

93. — Quid circa l'errore?

94. — Quid circa la lesione?

95. — L'erede, il quale abbia rinunciato per conservare una liberalità che riceveva aveva dal de cuius, tra vivi o per testamento, senza ossequazione dalla collazione, può forse recedere dalla sua rinunzia, qualora venga privato della liberalità medesima, in tutto o in parte, per effetto di un'azione di nullità o di riduzione, o di rivendicazione, o in ogni altra guisa? — Esposizione.

96. — A. Del caso in cui l'erede, donatario o legatario non immune da collazione, abbia rinunciato puramente o semplicemente, senza far menzione della liberalità fattagli.

97. — B. Del caso in cui l'erede, donatario o legatario non immune da collazione, abbia positivamente dichiarato rinunciare a condizioni che la liberalità fattagli non venisse impugnata e producesse il suo effetto.

98. — C. Del caso in cui abbia rinunciato con la dichiarazione e la formula per attenersi alla donazione o al legato.

99. — Del carattere di annullabilità della rinunzia, quando trovisi affetta da incapacità, dolo e violenza, e mettersi desumere le stesse conseguenze desunte dal carattere di annullabilità dell'accettazione ne' medesimi casi. — Rimando.

100. — L'erede reatuito avverso la sua rinunzia può accettare la eredità.

101. — Gli effetti della rescissione della rinunzia possono riguardarsi sotto duplice punto di veduta:

102. — A. Relativamente agli altri eredi, i quali avessero accettato o non tenuti di restituire i beni ereditari in tutto o in parte.

103. — B. Relativamente a' terzi i quali abbiano potuto acquistare, medio tempore diritti su la eredità.

104. — Del caso in cui l'erede abbia ritirato o nascosto effetti ereditari. — Rimando.

72. — Abbiamo osservato in quali casi la rinunzia possa venire ritrattata o rievocata.

Ci rimane a dire in quali casi possa venire annullata (*supra*, n. 50).

73. — Primamente osserviamo che la rinunzia, al pari dell'accettazione, può esser nulla o soltanto annullabile.

Di fatti la rinunzia dovrebbe essere ad evidenza nulla di pieno diritto, negli stessi casi in cui l'accettazione sarebbe nulla essendo di pieno diritto, e che noi già indicammo; dapoi che la rinunzia, la quale forma il suo opposto, va regolata, diceva Furgole, dalle stesse massime: *contrarium est eadem disciplina* (cap. X, sez. 2, num. 48; confr. il *tom II*, n. 534, 532).

74. — Non pertanto converrebbe esser tanto, come dimostreremo (*infra*, n. 94 e seg.), non assimilare la rinunzia all'accettazione, relativamente alle cause di annullabilità.

Il nostro Codice serba, su tal punto, massimo laconismo, e può dirsi anzi incompiuto: il legislatore, nell'art. 788—705, ha impresso a trattare di una sola causa di annullabilità o nullità (per valerci in avvenire del linguaggio usuale), ed oziando di una causa di nullità speciale, facendosi intorno alle altre cause di nullità, onde la rinunzia potrebbe trovarsi affetta.

Ci faremo a disaminar dapprima la causa di nullità da esso contemplata, per investigare dappoi, fra le cause da esso non contemplate, quelle che debbono venire annesse e quelle da escludere (*infra*, n. 90 e seg.).

75. — A norma dell'art. 788—705:

« i creditori di colui che rinunzia ad una eredità in pregiudizio de' loro diritti, possono farsi autorizzare giudizialmente ad accettarla in nome, luogo e stato del loro debitore.

« In questo caso la rinunzia è annullata e non in favore dell'erede che vi ha rinunziato, ma solamente a vantaggio de' suoi creditori, e per la concorrente quantità e de' loro crediti. »

I beni del debitore sono il pegno de' suoi creditori (art. 2092, 2093, 2204 — 4962, 4963, 2105); ed affinché il pegno medesimo fosse efficace e sicuro per quanto sia possibile il legislatore ha conferito a' creditori due specie di diritti:

4° Il diritto di esercitare le azioni del loro debitore, in nome di costui, quando però non sieno esclusivamente attribuite alla sua persona (art. 1166—1119);

2° Il diritto d'impugnare, in lor nome particolare, gli atti fatti dal loro debitore in frode de' loro crediti (art. 4167—4120).

È manifesto queste due specie di diritti potersi esercitare da' creditori, relativamente alle eredità spettate al loro debitore; dappoi che le eredità medesime, le quali fan parte de' suoi beni, formano conseguentemente il pegno de' creditori (*red.* il tomo II, n. 557).

76. — Laonde, per esempio, è indubitato che i creditori dell'erede potrebbero accettare la eredità, in nome suo, in conformità dell'art. 4166, nel caso in cui non vi avesse ancora rinunziato, ed oziando nel caso in cui vi avesse rinunziato, qualora, non essendosi

accettata l'eredità da altri eredi, esso medesimo avesse il diritto di accettarla (art. 790; *supra*, n. 53).

Potrebbe pur dire che allora i creditori non abbisognerebbero di farsi autorizzare giudizialmente (confr. Duranton, tomo VI, 519-520).

« Ovvero almeno sarebbe in tal caso un' autorizzazione di mera forma, la quale non supporrebbe contraddittori (confr. Demante, I. VI, n. 408 bis, I ed 11). »

77. — Ad evidenza tale ipotesi neppure è quella contemplata dall'art. 788; e tutte le espressioni adoperate nel suddetto articolo dimostrano riguardare il caso in cui la rinunzia, fatta dall'erede, sia divenuta irrevocabile contro di lui, per effetto dell'accettazione de' suoi coeredi o degli eredi di grado susseguente.

« Val dire che l'articolo 788 contempla un caso di applicazione dell'art. 1167, relativo alla così detta azione Paoliana o rivoratoria. »

Non è questo il luogo di esporre siffatta importante materia, che ci faremo a trattare dappoi a suo luogo (su gli articoli 1166-1167).

Ci basta additarne taluni punti più specialmente relativi alla subbietta materia.

78. — Il Diritto romano non ammetteva l'azione Paoliana avverso la rinunzia fatta dal debitore ad una eredità spettatagli, pel motivo che l'azione medesima veniva conceduta avverso gli atti onde il debitore aveva diminuito il suo patrimonio, ma non contro gli atti onde avesse semplicemente negletto di accrescerlo (l. 134, ff. de reg. jur.; *red.* il tomo II, n. 557).

Ma la nostra antica giurisprudenza francese, ad onta del dissenso di Molinco, aveva sancito l'opposto principio, senza neppur distinguere, come parecchi avevan proposto, le successioni ne' beni proprii dalle successioni in linea collaterale dalle successioni in linea retta, di cui le une, dicevasi, essendo meno dovute delle altre, non promettevano a' creditori un pegno tanto certo. Dunque l'azione Paoliana eravi conceduta avverso ogni fraudolenta rinunzia ad una qualsiasi eredità (confr. Lebrun, lib. III, cap. VIII, sez. 2, n. 27-29; Pothier, delle Success., cap. III, sez. III, § 3; Furgole, de' Testam., cap. X, sez. II, n. 48; Busnage, sull'art. 278 della cons. di Normandia).

È questo pure il nostro novello diritto.

Si è osservato che la regola romana era forse più morale, nel senso d'impedire dare danaro a prestanza ad una persona mirando alle successioni da potersi aprire a suo pro (Delvincourt, t. I, p. 34, nota 2).

Ma puossi vantaggiosamente rispondere che la novella regola è primamente più logica; dappoichè gli eredi nostri essendo proprietari, *a die mortis*, do' beni creditarii, gli alienano e scemano quindi effettivamente il loro patrimonio rinunziando, ed è anche più equa, garantendo più efficacemente i diritti de' creditori in una circostanza, in cui avrebbero potuto spessissimo esser posti a repentaglio.

79. — A voler nostro è procacciar quistione quella se sia necessario che l'erede, rinunziando, abbia avuto lo intendimento di defraudare i suoi creditori, per poter costoro invocare l'art. 788.

La più generale opinione si è che tal condizione non è qui necessaria, e che basta essere stata la rinunzia di nocumento a' creditori; per modo da mirarsi al risultato, *eventus damni*, senza avere alcun riguardo alla intenzione, *consilium fraudis*:

1° L'art. 788, dicesi, sottopone l'azione revocatoria alla sola condizione del pregiudizio sofferto: non richiede esservi stata frode (agg. arg. dagli art. 622, 1053, 2225—547, 1009, 2151).

2° Questa formula è tanto più significativa in quanto che il vocabolo *frode*, il quale rinvenivasi dapprima nel progetto, vi è stato surrogato dal vocabolo *pregiudizio*, dietro osservazione del tribunale di Cassazione che « la frode del rinunziante, la quale suppone nel tempo stesso *consilium et eventus*, non debbe richiedersi per potere i creditori impugnare la rinunzia, e che debbe esser sufficiente che, nel risultato, sia loro pregiudizievole. » (Fenet, t. II, p. 140 e 569).

3° Da ultimo si è impresso a giustificare questa soluzione mercè i principii; ma, sul terreno medesimo, non tutti i suoi propugnatori han dato la stessa spiegazione: taluni han sostenuto che è talo la regola generale della azione Paoliana, nel nostro novello diritto, da doversi ammettere avverso la alienazione a titolo gratuito, senza veruna condizione di frode, eziandio da parte del debitore (Zachariae, Aubry e Rau, t. III, p. 90, e t. V, pagina 472); mentre altri, in maggior numero, nello ammettere che per regola generale lo

intendimento fraudolento del debitore è una condizione dell'azione Paoliana, ben anco negli atti a titolo gratuito, hanno diviso soggiacere ad eccezione le rinunzie, le quali non hanno direttamente in mira di conferire un diritto alle persone chiamate a giovare in mancanza del rinunziante (Demante, t. II, n. 171 bis, e II, e t. III, n. 408 bis, I; contr. decis. C. di Parigi 43 feb. 1826, Rivey, Sirey, 1826, 2, 287; Duranton, t. VI, n. 511; Chabot, art. 788, n. 1; Belost-Jolimont, *Observ.* 4; Tautier, t. III, p. 245; Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, n. 588; Chardon del *Dolo e della frode*, t. II, n. 264 e seg.; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 314; Duvergier sopra Toullier, t. III, n. 354; Rocière e Pont, *del Contr. di matrim.*, t. I, F. 893; Troplong, *del Contr. di matrim.*, t. III, n. 1385).

Altronde abbiamo già, sopra una quistione affatto similgiante, appalesato i dubbi destati in noi da questa teorica (ved. il nostro *Trattato della distinzione dei reali*, ec. t. II, n. 735, su l'art. 622).

I nostri dubbi sono sempre gli stessi; e ci parrebbe malagevole lo ammettere che l'azione Paoliana potesse sperimentarsi, se i coeredi del rinunziante o gli eredi di grado susseguente dimostrassero, avverso i creditori, che il loro debitore, nel rinunziare, non ebbe o non potette avere lo intendimento di defraudarli, e che ha creduto, per esempio, agire per vie meglio vantaggiare i loro interessi!

In vero torna importante il ben fermare i termini di siffatta quistione.

Noi non pretendiamo che, per essere l'azione Paoliana ammissibile in tal caso, faccia mestieri che i creditori provino, sia che il loro debitore abbia rinunziato per fraudolenta collusione con coloro i quali han cavato vantaggio dalla sua rinunzia; sia, a prescindere da ogni complicità da parte di costoro, che abbia avuto egli lo intendimento di fraudarli per nuzialità, malvagità, o per vantaggiare la sua famiglia a loro spese, senza veruna privazione per se stesso.

Per contrario avvisiamo che l'azione Paoliana sarà ammissibile per l'unica circostanza che l'erede, nel momento in cui rinunziava, era insolvente, o per l'unico motivo che rendevasi insolvente mercè la rinunzia medesima, che l'azione stessa, diciamo, sarà ammissibile, nel senso che la prova della intenzione fraudolenta, *consilium*, emergerà dalla stessa prova del nocumento così arre-

calo, *eventus damni*. E ciò è sommamente ben fondato! avvegnachè non potremmo presiar credenza alla buona fede di un uomo il quale, potendo soddisfare i suoi creditori coi valori ereditarij spettatigli, rinunziò alla eredità, sapendo o dovendo sapere arrecar così nocimento ai proprii creditori! a nostro disvisamento, appunto in tal senso unico la disposizione degli art. 622 e 788 è speciale; e lice credere che lo intendimento del tribunale di cassazione non andò più oltre, quando osservò dover essere sufficiente che, nel rinunziamento, la rinunzia torni di nocimento ai creditori.

Ma la teorica da noi oppugnata va più innanzi! essa insegna che:

Non solo non potremmo riebicdere dai creditori provare un'intendimento fraudolento da parte del loro debitore, ma *eziandio gli altri eredi non doversi ascoltare, per escluderli, nelle loro asseritive non avere avuto egli lo intendimento di defraudarli, credere allora la eredità priva di valore o di poco valore, ovvero credersi molto più ricco di quel che era effettivamente a cagione di una perdita considerevole allora a lui ignota, ec.* (Duranton, loc. supra cit.)

E parimente Chabot professa esser l'azione dei creditori ammissibile, anche quando venisse dimostrato avverso di essi avere il loro debitore rinunziato credendo non esser vantaggiosa la eredità (loc. supra cit.).

Ebbene! precisamente la teorica, condotta a questo segno, ci sembra infinitamente oppugnabile:

1° Primieramente è d'essa opposta a tutte le tradizioni dell'antica nostra giurisprudenza, in cui erasi di accordo nel richiedere lo intendimento fraudolento. L'erede ingannatore, diceva Basnage, parlando di chi rinunziava in detrimento dei suoi creditori! (Ved. pure Lebrun, Pothier, supra).

2° Non è d'essa meno opposta ai principii; a segno tale che, a parer nostro, addiviene affatto impossibile lo spiegarla logicamente.

In vero a regola generale si è che i creditori sono gli aventi causa del loro debitore: che vengono da lui rappresentati, in tutti gli atti riguardanti l'amministrazione del suo patrimonio; e che conseguentemente non hanno altri dritti tranne i suoi: dalle quali cose conseguita che, quando il debitore abbia alienato i suoi dritti e non li possiega più, neppure i suoi creditori potrebbero possederli. Cotesta regola soggiace ad eccezione nel solo

caso in cui il debitore abbia voluto frodare i dritti dei suoi creditori; dappoichè allora si è separato da essi, e si è considerato che i creditori non erano stati rappresentati da colui medesimo dal quale vennero traditi;

Or, nella proposta quistione, si suppone trovarsi dimostrato che il debitore, nel rinunziare, non ebbe menomamente lo intendimento di frodare i suoi creditori;

Dunque costoro non hanno veruna specie di azione; avvegnachè da un lato non possono agire da parte ed in nome del proprio debitore, vincolato dalla sua rinunzia; e d'altro lato neppur possono agire direttamente ed in lor nome particolare; dappoichè il loro debitore non si è separato da essi e gli ha rappresentati.

3° La opposta dottrina mena a conseguenze davvero inaccettabili. Come! un erede ha rinunziato con massima lealtà; dappoichè credeva esser questo, per sè e per medesimi creditori suoi, il miglior partito da prescegliere: a cagion di esempio, ha voluto esimersi da una collazione, temendo ritrarre meno di ciò che avrebbe messo in collazione; o un testamento toglieva la maggior parte dell'attivo; o considerevoli debiti gravitavano su la eredità; ovvero qualche rilevante giudizio, qualche disastroso affare, come diceva Lebrun (loc. cit.), la minacciava di totale rovina: dunque rinunzia! ma gli altri eredi, più ardimetosi, accettano ed affrontano i rischi e la responsabilità di tal condizione di cose: liquidano; e mercè cure e diligenze raggiungono la metà! la eredità addiviene vantaggiosa. Ed appunto in siffatte circostanze i creditori del rinunziante potrebbero recarsi ad *aparatæ epulas* e far rievocare la rinunzia! Procediamo più innanzi: supponiamo che lo stesso erede rinunziante abbia dimandato la nullità della sua rinunzia per causa di errore, per esempio, o di lesione, per essersi scoperto un atto rivotatorio del testamento che toglieva via l'attivo della eredità, o per essersi scoperti ed estinti taluni debiti creduti ancora esistenti; e, quando sarà succumbuto in tal dimanda (come dovrà al certo succumbere, *infra*, n. 9*), i suoi creditori potranno, in loro nome particolare, far dichiarare nulla la sua rinunzia! ma dunque a qual titolo? e per qual ragione?

Non pertanto è forza giugnere sino a tal punto nella dottrina per noi oppugnata; conciossiachè, se il loro debitore, nel rinunziare non gli ha rappresentati, neppure gli ha rap-

presentati agendo avverso la sua rinunzia; ed il dritto diretto e personale che pretendesi loro attribuire, debbe rimanere intatto in tutti i casi! Ma a dir vero ciò torna mai possibile?

4° I testè addotti argomenti ci pajono dimostrare che le espressioni adoperate nell'articolo 788: i creditori di colui che rinuncia in pregiudizio de' loro dritti, implicano effettivamente la idea che colui il quale abbia rinunziato conosceva o doveva conoscere che la rinunzia sua arrechierebbe nocumento ai proprii creditori: cotesta interpretazione sembra tanto più ben fondata in quanto che il vocabolo *prode* rinviensi adoperato nell'articolo 1167 — 1170, il quale ferma le generali condizioni dell'azione Paoliana, e nell'articolo 1164 — 1171, il quale ne stabilisce una particolare applicazione affatto simile a quella dell'art. 788 (confr. Delvincourt, t. II, p. 33, note 9 e 1; Toullier, t. VI, num. 371; Marcadé, art. 788, n. 1).

80. Del rimanente lo indubitato si è esser mestieri che il nocumento abbia per causa diretta ed immediata la stessa rinunzia.

Dunque i creditori non potrebbero dimandare lo annullamento, qualora rimanesse ancora al loro debitore, dopo aver rinunziato, beni sufficienti per estinguere tutte le sue obbligazioni, anche quando fosse divenuto dappoi insolubile per altra cagione.

Indarno sosterrebbero che, se non avesse rinunziato, i beni ereditarii si troverebbero nel suo patrimonio l'concessiache, da un lato, non la rinunzia medesima ha prodotto la insolubilità del loro debitore, ed ha loro cagionato nocumento: quindi non trovansi nei termini dell'art. 788; d'altro lato, a ben ragionare, non vi sarebbe quindi più motivo di fermarsi, come avverte con sommo accorgimento Duranton (t. VI, n. 512); e, con tal sistema, i creditori potrebbero risalire a tempi remotissimi, per far dichiarare nulli atti consentiti in piena solvibilità da un debitore divenuto insolubile lungo tempo dopo: val dire che il debitore troverebbesi colpito da una specie d'incapacità, ed ogni sicurezza sparirebbe!

81. — Dal richiedere l'art. 788 che i creditori si facciano giudizialmente autorizzare per esercitare siffatta azione Chabot ha desunto la conseguenza aver quindi voluto il legislatore:

« Che, nel caso in cui venisse assodato esser minima la consistenza della eredità, il ma-

gistrato avesse dritto di non ammettere i creditori dell'erede rinunziantie a fare un'accelerazione la quale produrrebbe l'unico risultato di rendere più malagevole e dispendiosa la liquidazione della eredità, in detrimento degli altri eredi del pari che dei creditori della eredità. » (art. 785, n. 2; agg. Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 314).

Tale illazione non ci pare ben fondata: se l'art. 788 sottopone i creditori alla necessità di un'autorizzazione giudiziale, la ragione si è che, per regola generale, i creditori non possono impossessarsi di propria autorità, dei beni e delle azioni del loro debitore; ma il dritto di far rinvocare la rinunzia medesima vieo loro concesso similmente in modo assoluto: di fatti la eredità può essere o addivenire più vantaggiosa che non credasi; e, circa lo inconveniente che temesi, dell'aumento delle spese, la garanzia rinviensi nell'interesse degli stessi creditori, i quali dovrebbero sopportare le spese rendulo necessarie dalla loro azione, qualora non si rinvenisse nella eredità alcun valore per soddisfarli (confr. Vazeille, art. 788, n. 3; Belost-Jolimont sopra Chabot art. 788, osserv. 2; Duranton, tom. VI, num. 510; Zachariae, Aubry e Rau, tom. V, pag. 173).

82. — Taluni giuriconsulti divisarono che la dimanda dei creditori, in questa congiuntura, doveva introdursi sotto forma d'istanza (confr. Delvincourt, t. II, pag. 31, nota 40; Chabot, art. 788, num. 3; Poujol, art. 788, num. 2).

Ma per l'opposto avvisiamo doversi formare, per atto di citazione, la dimanda avversa coloro cui abbia giovato la rinunzia, sia per dritto di accrescimento, sia per dritto di devoluzione, ed i quali abbiano accettato.

È ben vero che l'art. 788, nel primo comma parrebbe supporre trattarsi, pei creditori, di ottenere una semplice autorizzazione ad oggetto di accelerare la eredità; ma è manifesto che prima di poterla accettare, è mestieri primamente che facciano dichiarar nulla la rinunzia del loro debitore, rispetto a coloro i quali, per effetto della rinunzia medesima, l'abbiano accettata: e tanto per lo appunto risulta dallo stesso art. 788, nel suo secondo comma, il quale, determinando lo effetto relativo dello annullamento, dimostra essersi dovuto l'annullamento pronunziare dapprima (confr. Duranton, t. VI, n. 518; Demante, t. III, n. 408 bis, II; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 172; Massé e Vergé, t. II, p. 314).

ved. nondimeno decisi. C. di Parigi 13 feb. 1826. Rey, D., *Rac. alfab.*, v. Success., n. 695).

83. — Venendo la rinunzia dichiarata nulla nello interesse dei creditori, e trovandosi costoro autorizzati ad accettare la eredità in vece del loro debitore, ne conseguiva aver diritto di esser presenti a tutte le operazioni della liquidazione e della divisione; dovervi esser chiamati; o potere egliino medesimi assumere la veste di attori (arg. dall' articolo 882—802; Toullier, t. II, n. 348; Chabot, art. 788, n. 8; Zachariae, Massé e Vergé, t. II, p. 345).

84. — Ciò non vuol dinotare però che essi medesimi addiventano eredi del defunto! avvegnachè agiscono unicamente per far determinare la porzione spettante, prelevati tutti i pesi al loro debitore, ad obbietto di venire soddisfatti dei loro crediti su la porzione medesima.

Dunque non potrebbero venire personalmente convenuti in giudizio, val dire sui propri beni, dai creditori della eredità, pel pagamento della quota di debiti spettante alla porzione ereditaria del proprio debitore; e non sapremmo divisare, con Chabot (art. 788, n. 7), potersi sostenere dover egliino accettare col beneficio dello inventario, qualora non vogliono correre i rischi di una pura e semplice accettazione.

L'unico vero sì è che i creditori dell'erede rinunziente, i quali avessero avuto il possesso dei beni ereditarii, sarebbero tenuti di renderne conto, e le loro obbligazioni all' uopo potrebbero essere più o meno ampie, in ragione della maggiore o minore responsabilità cui sarebbero soggiaciuti, come se, per esempio, non esibissero esattamente i valori ereditarii onde si fossero impossessati (confr. Delvincourt, t. II, p. 34, nota 41; Toullier, t. II, n. 348; Vazeille, art. 788, n. 42; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 788, osserv. 3; Malpel, n. 334; Poujol, art. 788, n. 4; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 473).

85. — Si è osservato che la porzione di beni spettante all'erede nella eredità non addiveniva proprietà dei suoi creditori, e costoro avevano unicamente diritto di farli vendere.

Ciò torna manifesto! potendo i creditori venire soddisfatti soltanto sul prezzo dei beni del loro debito.

Se, non che, nel frattempo, potrebbero addivenire indispensabili taluni amministra-

tivi provvedimenti; e competerebbe ai creditori il provvedervi; secondo le circostanze di concreto coi coeredi del loro debitore coll'autorizzazione del magistrato (con decisi. C. di Douai 27 marzo 1844, Becq. l. *Rac. alfab.*, v. Success., n. 700 e 702; Chabot, art. 788, n. 8).

86. — Altrove i creditori, avendo i soli diritti che sarebbero appartenuti al proprio debitore, se non avesse rinunziato, ad esenzia debbono soggiacere al prelevamento su la porzione ereditaria da essi chiesta, tutto ciò che il loro debitore stesso sarebbe tenuto soddisfare.

Laonde:

1° Se il rinunziente avesse ricevuto una liberalità sottoposta a collazione, sarebbero tenuti di fare la collazione medesima, almeno fittiziamente e per imputazione su la quota spettargli.

2° Se la eredità trovisi gravata, sia di debiti, sia di legati, a titolo particolare, di somme, quantità o cose qualsivogliano legate genere, son tenuti a sopportarne il proporzionale prelevamento.

87. — I coeredi del rinunziente o gli eredi di grado susseguente, i quali volessero impugnare tale immischiamento di estranei negli affari della eredità, ed oviare simili controprelevarii e liquidazioni sempre più o meno suscettivi di difficoltà, possono però escludere i creditori sborsando loro lo importare dei crediti.

E cotesto partito è al certo il migliore a prescegliere, quando torni indubitato esser l'attivo ereditario maggior del passivo dopo sguitti tutti i prelevamenti.

88. — In vero soltanto sino alla concorrenza dello importare dei loro crediti i creditori del rinunziente hanno interesse e conseguentemente qualità per impugnare la rinunzia.

Laonde l'articolo in esame dispone la rinunzia venire dichiarata nulla a lor profitto non esserlo a pro dell'erede renunziente.

Da ciò conseguita che se, soddisfatti i creditori del rinunziente su la quota che dove spettargli, rimanga una eccedenza di attività eccedente medesima, come affermava Labrun, appartenere dee ai suoi coeredi o agli eredi di grado susseguente (lib. III, cap. VII sez. II, n. 29).

89. — Ma si è ito più innanzi; e si è preteso che quando i beni, i quali avrebbero forma la parte del rinunziente, sieno serviti, totalmente o parzialmente, a soddisfare i credi-

ri, i quali han fatto annullare la sua rinunzia, o quando gli altri eredi abbiano soddisfatto i creditori di proprio danaro, per escluderli, sia dopo lo annullamento, sia prima, gli eredi medesimi hanno regresso per ripetizione avverso il rinunziante tornato a miglior fortuna ed il quale abbia acquistato novelli beni.

In sostegno di siffatta dottrina sonosi segnatamente invocati i due seguenti argomenti:

4° In conformità dell'art. 788 la rinunzia non viene annullata in favore dell'erede che ha rinunziato: or per contrario lo annullamento gli gioverebbe, se si trovasse liberato di altrettanto verso i suoi creditori, senza andar sottoposto ad un'azione di ripetizione da parte degli altri eredi: dunque l'azione di ripetizione debbe competere a costoro; dappoi- ché, in ultima analisi, coi loro proprii beni sono stati estinti i debiti del rinunziante, reputandosi costui non avere mai avuto alcun diritto sui beni ereditarii (art. 785—702).

2° Se diversamente avvisasse, il rinunziante troverebbesi accettante in parte e rinunziante in parte, qualora i suoi diritti ereditarii non fossero stati assorbiti dai suoi creditori: or tal risultamento trasgrediverebbe il principio della indivisibilità della qualità di erede (confr. Toullier, t. II, n. 349, nota 4; Duranton, t. VI, n. 520 bis; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 473).

Ma cotesta dottrina ci sembra osteggiante nel tempo stesso le tradizioni della vetusta giurisprudenza, il medesimo testo dell'art. 788, ed i veri canoni regolatori della suddetta materia.

1° Puossi ravvisare che i nostri antichi autori, statuendo pure trovarsi la rinunzia annullata riguardo ai creditori e non riguardo all'erede rinunziante, ne traevano unicamente la conseguenza che gli altri eredi giovansi del boni rimasto dopo soddisfatti i debiti del rinunziante, ed esprimonsi all'obbietto in guisa tale da non sembrare neppure avere immaginato un regresso qualsivoglia avverso il rinunziante! (Confr. Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, § 3, o Lebrun, *loc. supracit.*).

2° A parer nostro l'art. 788 ad evidenza rinviensi concepito con lo stesso intendimento: in vero il predetto articolo dichiara venire la rinunzia annullata a pro dei creditori e sino alla concorrenza dei loro crediti: è indubitato soggiungere non esserlo a pro dell'erede rinunziante: ma siffatte due disposizioni non del bono separarsi l'una dall'altra; e la con-

seguenza emergendo dal loro ravvicinamento si è che la rinunzia, in tale ampiezza, viene debitamente annullata, e se non lo sia a pro del rinunziante, soltanto in questo senso esso medesimo non può dimandare il boni, il quale potrebbe esistere dopo soddisfatti i suoi creditori.

3° Soggiungiamo cotesta soluzione, lungi dall'essere ostile, come pretendesi, ai principii, ne costituisce la più verace espressione.

Primamente il carattere dell'azione Pauliniana è tale che, quando l'alienazione fatta dal debitore, venne revocata dietro dimanda dei suoi creditori, l'oggetto alienato reputasi, mercè una legale finzione, non essere uscito dal suo patrimonio (Inst., § 6, *de Act.*); o quindi è mal fondato il sostenere i debiti del rinunziante essersi estinti coi beni altrui.

In secondo luogo l'erede rinunziante non ha assunto, mercè tal rinunzia, alcuna obbligazione verso gli altri eredi; e la garanzia, di cui pretendesi imporgli qui l'obbligo, tanto meno debbe sussistere, in quanto che non per volontà sua o per suo fatto, la rinunzia medesima non ha giovato loro in tutto o in parte; sì bene la legge ha autorizzato i creditori a far dichiarare nullo, avverso di essi, cotesta rinunzia; non potrebbero disgiungere dalla loro chiamata ereditaria la condizione concomitante sotto la quale soltanto la stessa legge l'ha loro attribuita.

Da ultimo non obbietterebbesi con maggior ragione che il rinunziante troverssi in questo caso accettante in parte, ed in parte rinunziante avvegnachè ben anco la stessa legge, in siffatto particolare caso, permette tale eccezione alla regola generale; la quale eccezione, in tutti i sistemi, è mestieri ammettere. Eziandio Duparc-Poullain aveva un tempo preteso, poggiandosi su lo stesso principio della indivisibilità delle qualità, che quando la vedova avesse rinunziato alla comunione in frode dei suoi creditori, la revocazione di tal rinunzia ottenuta da costoro, poteva essere unicamente totale (t. V, p. 174-175); ma la sua opinione era rimasta pressochè isolata; e pel converso crasi ammesso che la indivisibilità delle qualità non impediva menomamente che la rinunzia venisse revocata nel solo interesse dei creditori: oggidì neppure esiste siffatto impedimento (confr. Proudhon, *dell'Usufrutto*, t. V, n. 2440; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 589; Demante, t. III, n. 400 bis, III; Marcadé, art. 788, n. 44; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 315).

90. — Il nostro Codice, come avvertimmo (*supra*, n. 50), addita qual causa di nullità della rinunzia quella della quale ragionammo nella disamina dell' art. 788.

È forse da inferire da ciò non esservene altra?

Ad evidenza no!

La rinunzia è un atto di volontà, onde il successibile aliena il dritto attribuitogli.

E però torna impossibile il non andare sottoposta alle cause di rescissione o nullità, le quali, a norma de' principii generali, applicansi a tutti gli atti di volontà.

Queste cause, come più volte osservammo, riguardano precipuamente:

1° La capnità delle parti;

2° I vizii del consenso o della volontà; val dire violenza, dolo, errore o lesione (articolo 1109 e seg. — 1063; ved. il tomo II, n. 552).

91. — 1° Torna indubitato constituer la incapacità del rinunziente una causa di nullità della sua rinunzia; e dobbiamo limitarci a rimetterne a quanto già affermammo su tal punto (conf. il tomo II, n. 340, 341; art. 461 — 384; arg. dall' art. 776 — 693; decis. C. di Grenoble 6 dic. 1842, Achard, Dev., 1843, II, 290).

92. — 2°. È similmente indubitato essere annullabile la rinunzia, qualora fosse il risultato della violenza o del dolo.

I nostri antichi giureconsulti positivamente affermavano così (confr. Lebrun, cap. VIII, sez. III, num. 57; Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, § 4; Furgole, cap. X, sez. II, num. 48).

E pure oggidì è questa una ineluttabile dottrina.

Anzi avvisiamo, rispetto al dolo, esser desso una causa di nullità, come la violenza, sia qualunque la persona dalla quale venne praticato; o la dottrina da noi svolta su tal punto, circa l' accettazione, ci pare applicabile alla rinunzia (ved. il tomo II, n. 573-538).

Nulladimeno taluni vogliono apportarvi differenza; e, ammettendo essere il dolo una causa di nullità dell'accettazione, *erga omnes*, eziandio riguardo a coloro i quali non ne sono autori nè complici, insegnano essere il dolo una causa di nullità della rinunzia sol quando siasi praticato dai coeredi del rinunziante o dai parenti di grado susseguente (confr. Marcadé, art. 783, n. 5, ed art. 790, n. 4 — 707; Toullier, t. II, n. 354; ved. altresì Pothier, *loc. supra cit.*)

Ma cotesta differenza ci pare inaccettabile ed avvisiamo che la rinunzia, al pari dell' accettazione, essendo un atto di volontà meramente unilaterale, dovrebbero dichiarar nul in tutti i casi in cui fosse stata la *consuetudine* di un dolo praticato verso il rinunziante (arg. dall' art. 783 — 700; confr. d. cis. C. di Parigi 41 piovoso anno XIII, Lore Dev. e Car. *Collez.* nuova, 2, 2, 24; Duranton, t. VI, n. 503; Demante, t. III, n. 40 bis, VI; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing tom. II, n. 583; Malpel, n. 338; Ponjol, articolo 784, n. 3; Zachariae, Aubry e Rau tom. V, pag. 474; Massé e Vergé, tom. II pag. 318).

93. — Relativamente all' errore, qualora cada su la stessa identità della eredità, e riferivasi la rinunzia, nello intendimento di rinunziante, val dire in *ipso corpore rei*, rende nulla o non semplicemente annullabi (*supra*, num. 73; Lebrun, lib. III, cap. VII sez. II, n. 44).

Ogni altro errore potrebbe riguardare sole qualità, val dire la importanza più o meno considerevole dell' attivo o del passivo della eredità; ed allora di necessità confluisce con la lesione, della quale ci rimane ragionare (ved. il tomo II, n. 535).

94. — In tale congiuntura la lesione può provenire da due precipue ragioni, cioè da l'essere sopraggiunti posteriormente alla rinunzia:

Sia un impreveduto aumento dell' attivo come se, per esempio, si scoprissero eredi sino allora ignoti, o una successione vantaggiosa ed ignota, apertasi a pro del *de cuius* ovvero se un inatteso indennizzamento venisse concesso alla eredità dallo Stato, o in altra guisa;

Sia una donazione parimente inopinata di passivo; come se, per esempio, si scoprissero quitanze ignote; o si scoprissero la nullità della falsità o la revocazione di un testamento il quale togliesse via in totalità o più di metà della eredità (confr. il tomo II, n. 540).

La lesione, cui il rinunziante soggiacerebbe in questi diversi casi, potrebbe forse costituire una causa di rescissione o nullità della sua rinunzia?

Parecchi giureconsulti insegnavano, v. gente la nostra antica giurisprudenza, dove si annullare la rinunzia:

1° Quando l'erede avesse rinunziato per errore di fatto, come se siasi esibito, dicev. Lebrun, un falso testamento, il quale, se fo-

se stato vero, avrebbe assorbito o estremamente scemato la eredità;

2° Quando la rinunzia si fosse fatta per effetto di un testamento, rimasto inosservato dal rinunziente (confr. Lebrun, lib. III, cap. VIII, sez. II, n. 42-43; Henrys, lib. IV, quist. 2; Furgote, cap. X, sez. II, n. 410).

Siffatta dottrina ha pure rinvenuto propugnatori sotto l'impero del nostro Codice; ed alcuni autori insegnano che la rinunzia può venire annullata per causa di errore di fatto, e che quindi lo scoprimento di un attivo eccedente più di metà la eredità dapprima nota debbe costituire una causa di nullità. Una evidente analogia, affermasi, attinta nell'articolo 783—700, mena a cotesto risultamento. Se non che richiedesi essere stato invincibile l'errore del rinunziente e non potersi ascrivere a colpa sua o sua negligenza (confr. decis. C. di Parigi 22 aprile 1846, Toulangeon, Sirey, 1846, II, 375; Delvincourt, t. II, p. 34, nota 7; Toullier, t. II, n. 351; Zachariae, ediz. Massé e Vergé, t. II, p. 318; Malpel, n. 338; Vazeille, art. 790, num. 2; Taulier, t. III, p. 241; D., Rac. alfab. v. Success. n. 683).

Rispetto a noi, avvisiamo essere tal dottrina inattendibile, e la rinunzia non potere in alcun caso rescindersi per causa di lesione:

4° Abbiamo osservato (*supra*, n. 90) che il nostro Codice non istituisce veruna causa di rescissione della rinunzia, e che quindi unicamente per applicazione dei principii generali del dritto, può rescindersi la rinunzia;

Or precisamente la lesione, in conformità dei principii generali, costituisce una causa di rescissione in taluni casi eccezionali specialmente determinati dalla legge (articolo 1148—1072);

Dunque la rinunzia alla eredità non potrebbe rescindersi per causa di lesione; dappoichè tal causa di rescissione non sorge, per quanto la riguarda, nè da uno special testo di legge, nè dai principii generali.

2° E ben vero essersi preteso che l'articolo 783 costituisse quello special testo, la cui esistenza non iscorriamo; e si è invocato per analogia.

A cotesto argomento faremo duplice risposta:

La prima si è che l'articolo 783 stabilendo una causa di rescissione affatto eccezionale non potrebbe estendersi, anche quando l'analogia invocata fosse inconcussa ed adeguata, avvegnachè, se il legislatore avesse

voluto ammettere oziandio per la rinunzia tal causa di rescissione, indubitalmente lo avrebbe dichiarato, tanto più che siffatta causa di rescissione della rinunzia non sembra essere stata universalmente accolta neppure sotto l'impero del nostro antico dritto (confr. Domat, *Leggi civ.*, lib. I, tit. III, sez. IV, n. 4; Pothier, *delle Success.*, cap. III, sezione III, § 4; Ferrières, su l'art. 316 della Cons. di Parigi).

La nostra seconda risposta si è l'analogia che pretendesi stabilire, sotto questo rapporto, fra l'accettazione e la rinunzia, non essere per contrar o menomamente ben fondata; sia perchè l'accettante, il quale dimandi la rescissione della sua accettazione per causa di lesione, *certat de danno citando*, mentre il rinunziente, in simil caso, *certat de luero captando*; sia perchè i coeredi del rinunziente o gli eredi di grado susseguente avendo consentito l'ad esporsi ai pericoli di una pura e semplice accettazione ovvero alle cure ed alle responsabilità di un'accettazione col beneficio dello inventario, torna logico ed equo che cavino vantaggio dai felici eventi come sarebbero soggiaciuti agli effetti degli eventi cattivi.

Finalmente soggiugniamo che il principio della irrevocabilità della rinunzia interessa eziandio il buon ordine della civile società; dappoichè conserva i dritti acquistati e li preserva da tali reazioni, lo quali perturbano sempre le private fortune, e le quali tornerrebbero qui tanto più funeste, in quanto che necessiterebbero novelle liquidazioni e divisioni novelle! (Confr. decis. C. di Grenoble 22 marzo 1830, Picot-Lamure, D., 4834, II, 38; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 351, nota a; Chabot, art. 784, u. 6; Poujol, articolo 784; Favard, *Rep. v. Rinunzia*, §1, n. 49; Marcadé, art. 790, n. 4; Mourlon, *Ripet. scrit.*, t. II, p. 108; Demante, t. II, n. 408 bis, VI; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 583; Coulon, *Quist. di dir.*, t. II, p. 436; Aubry e Rau sopra Zachariae, tomo V, p. 472; Massé e Vergé, tomo II, pagina 318).

95. — È quistione sommamente controversa, il cui scioglimento in giurisprudenza è sempre oltremodo vacillante, quella se l'erede rinunziente, ad obbietto di conservare una liberalità ricevuta dal *de cujus*, tra vivi o per testamento, senza esoneramento dalla collazione, possa recedere dalla sua rinunzia qualora venga privato della liberalità medesi-

ma in tutto o in parte, atteso il risultato di un'azione di nullità o di riduzione o di rivendicazione, ovvero in ogni altra guisa.

Un tempo Lebrun insegnava l'affermativa (Lib. III, cap. VIII, sez. II, n. 57).

E siffatta dottrina anche oggi viene da molti propugnata.

È forza convenire che, a primo aspetto, oso così esprimermi, sembra effettivamente commendevole sotto la duplice veduta della logica e della equità:

Da un lato la rinunzia, al pari dell'accelerazione, è un atto di volontà; e per determinarne l'effetto, conviene innanzi tutto investigare quale sia stato lo intendimento dell'erede rinunziante: or l'erede rinunziante per esimersi dalla collazione, cioè per conservare una porzione di beni eguale almeno, e quasi sempre, in simil caso, maggiore di quella che avrebbe conseguita accettando, l'erede medesimo ad evidenza ha avuto lo intendimento di rinunziare sol quandogli rimanesse tal porzione: dunque, se ne venga privato, il principio stesso della rinunzia, val dire la volontà di rinunziare, svanisce compiutamente.

D'altro lato la equità non richiede forse questa correlazione, o piuttosto questa specie d'indivisibilità, la quale, nella volontà dell'erede, doveva accoppiare la sorte della liberalità sua e della sua rinunzia, venga rispettata e mantenuta? e segnatamente si potrebbero forse ammettere i suoi coeredi, se essi medesimi avessero fatto pronunziare contro di lui la nullità o la riduzione della liberalità fattagli, ad opporgli nondimeno la sua rinunzia?

Non pertanto cotesto primiero divisamento, a creder nostro, non è il migliore sotto tutti i rapporti; e crediamo poter ciò dimostrare: ma all'uopo è forza distinguere tre ipotesi in ciascuna delle quali la proposta quistione può sorgere con caratteri più o men procardici.

In vero può accadere:

A. — Che l'erede, donatario o legatario non immune da collazione, abbia puramente e semplicemente rinunziato, senza far menzione della liberalità fattagli;

B. — Che per contrario abbia positivamente dichiarato rinunziare sotto condizione che la liberalità fattagli non verrebbe impugnata e produrrebbe il suo effetto;

C. — Finalmente che abbia rinunziato, con la dichiarazione soltanto e la formola ab-

bastanza usitata: *per attenersi alla donazione sua o al suo legato*.

95. — A. Nella prima ipotesi ci sembra indubitato doversi mantenere la rinunzia anche quando venisse annullata la liberalità.

Di fatti l'erede ha puramente e semplicemente rinunziato: poco importa il motivo cui venne mosso (*supra*, n. 40): la sua rinunzia è assoluta; e gli ha quindi fatto perdere irrevocabilmente la sua qualità di crede, verso i creditori della eredità, i quali non possono più agire contro di lui, sia verso i suoi coeredi o gli eredi di grado sosseguiti i quali possono in avvenire esser convenuti in giudizio.

97. — B. Ma supponiamo aver l'erede positivamente subordinato la sua rinunzia al mantenimento della liberalità fattagli, ed aver diebitalo, per esempio, rinunziare unicamente *pel caso in cui la liberalità stessa non venisse oppugnata e potesse venire pienamente eseguita*.

Al certo cotesta ipotesi è la più propiziosa alla dottrina da noi esposta innanzi (n. 92) laonde innumeri autorità statuiscano dove la rinunzia in tal caso dichiarar nulla, se rinunziante venga privato totalmente o parzialmente della liberalità fattagli (confr. *decis. C. di Montpellier* 13 feb. 1827, *Aug. Sirey*, 1827, II, 221; e. a fortiori, tutti i giudicati e gli autori, additati *infra*, n. 98, donde i quali la rinunzia dovrebbe considerarsi condizionale, quando siasi fatta e l'erede semplicemente così: *per attenersi alla donazione*.

Ma, a parer nostro, siffatta ipotesi non debbesi riguardare sotto questo punto di veduta ed i termini della quistione non ci sembrano bene fermati.

Non trattasi di conoscere se la rinunzia medesima debba venire annullata, quando la stessa liberalità siasi annullata; la qual cosa supporrebbe esser valida la rinunzia seguita in tal guisa.

La vera quistione, a creder nostro, si è: se la rinunzia medesima per contrario debba innanzi tutto considerarsi non avvenuta noi avvisiamo questa essere per lo appunto verità.

Abbiam ravvisato dovere di fatti la rinunzia andare riguardata non avvenuta, quando siasi subordinata ad una condizione;

Or la rinunzia in disamina è ad evidenza condizionale;

Dunque repntisi non avvenuta (*Ved. il tomo II, n. 358-360*).

Delle quali cose conseguita :

1° Che i creditori della eredità ed i legatarii possono, ad onta di questa pretesa rinunzia, convenire in giudizio l'erede che l'abbia fatta;

2° Che i suoi coeredi o i parenti di grado susseguente non possono esser convenuti in giudizio;

3° Che lo stesso preteso rinunziante non è divenuto estraneo alla eredità: e che, a cagion d'esempio, può convenire in giudizio i suoi coeredi per la divisione della eredità.

I nostri dotti colleghi Aubry e Rau insegnano doversi cotesta rinunzia reputare non avvenuta rimpetto a' creditori ereditarii, ma esser valida, con la condizione appostavi, riguardando agli altri eredi (*sopra Zachariae, t. V, p. 467*).

Noi non sapremmo accogliere siffatta distinzione, almeno negli assoluti termini onde trovasi fermata: ci pare malagevole che questo stesso atto nient'altro di rinunzia torni valido per alcuni e nullo per gli altri; e, che lasciando il preteso rinunziante esposto a procedimenti de' creditori ereditarii, lo privi nondimeno di necessità; rispetto agli altri successibili, della sua qualità di erede e dell'attivo della eredità (*confr. Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 354 bis, nota a*).

Ciò che ci parrebbe doversi proporre si è che se, prima di ogni ritrattazione da parte dell'erede, il quale avesse fatto tal condizione vale rinunzia, gli altri eredi si fossero impossessati della eredità ed avessero in certa guisa accettata così la condizione, che avrebbero avuto diritto proscrivere, potrebbero sostenere essersi formata in tal modo, fra gli uni e gli altri, una convenzione, per effetto della quale essendosi gli altri eredi sottoposti alla condizione onde la rinunzia trovavasi affetta, non potrebbero più prevalersi di tal rinunzia qualora mancasse la condizione, e val dire se la liberalità non venisse mantenuta. Ma ben si ravvisa cotesto risultamento non provenire dalla stessa rinunzia, considerata per se, ma da una convenzione fra gli eredi, da una specie di patto di famiglia, come può accadere in tali circostanze, come già affermammo (*supra, n. 24, 22*).

98. — C. Finalmente rimane la terza ed ultima ipotesi, la ipotesi intermedia, in cui l'erede abbia rinunziato *per attenersi alla donazione o al legato fattogli* (*supra, n. 95*).

Diciamo la ipotesi intermedia; dappoiché effettivamente il difficoltoso si è essere incerto se vada collocata nella prima ipotesi, in cui abbiamo osservato esser nulla la rinunzia.

Particolarmente su questo ultimo punto notabilissimi sono gli ondeggiamanti nella giurisprudenza e nella dottrina.

Secondo molte autorità la rinunzia fatta dall'erede *per attenersi alla donazione o al legato* trovasi effettivamente affetta da condizione; e per conseguenza è mestieri applicarvi la stessa soluzione che nel caso in cui l'erede, viemeglio manifestando il suo intendimento, avesse dichiarato rinunziare sotto la condizione di mantenersi la liberalità fattagli (*confr. decis. C. di Riom 3 feb. 1820, Valentin, Sirey, 1823, II, 93; di Nîmes 30 genn. 1827, Planchon, D. 1827, II, 127; di Bastia 24 luglio 1827, Arena, D. 1828, II, 37; di Limoges 44 die. 1831, Robier, Dev., 1832, I, 493; arresto C. cass. 29 mar. 1842, Brivazac, Dev., 1842, I, 464; sentenza del tribunale di Figeac 4 dicem. 1845, Comias, Dev., 1846, II, 7; Delvincourt, t. II, p. 34, nota 7; Toullier, t. II, num. 354; Vazeille, art. 845, n. 3; Malpel, n. 338, Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 167; D. *Rae. alfab.*, v. *Successa*, n. 664*).

Nel ravvisare quanto questa ultima ipotesi sia procadica, rispetto a noi opiniamo nulladimeno doversi la rinunzia, così praticata, riguardar valida, vol dire puro e semplice ed irrevocabile.

La difficoltà consiste qui interamente nel conoscere se la espressione *per attenersi alla donazione* costituisca una condizione della rinunzia.

Or ci pare malagevole lo statuire così:

4° Essendo nulla la rinunzia condizionale, osteggerebbe tutte le regole della interpretazione il presumere, e, per così dire, il supplire in tale atto una condizione la quale, se fosse espressa, ne produrrebbe la nullità.

2° Di fatti la formula *per attenersi alla donazione o al legato* esprime non una condizione, ma semplicemente il motivo della rinunzia; e può accadere che la rinunzia, in tal guisa fatta, non sia stata condizionale nello intendimento stesso del rinunziante: ha potuto, così esprimendosi, volere soltanto antivenire la interpretazione offensiva per la memoria del defunto, che avrebbesi potuto dare alla sua condotta, ad oggetto d'impedire immu-

ginarsi rinunziare per timore della insolubilità dell'erede.

3° Tal rinunzia è tanto meno condizionale in quanto che, se i creditori convenissero in giudizio il rinunziante, costui al certo potrebbe difendere la nullità dei loro procedimenti: or se tal rinunzia è valida a favor suo fin di mestieri che sia pur valida contro di lui!

4° Da ultimo osserviamo (e tale osservazione in fondo è comune alle tre ipotesi testè disaminate), che la rinunzia comporta al pari dell'accettazione, comunque in minore grado, gli eventi suoi ed i suoi rischi (supra, n. 94): or è questo precisamente uno dei suoi rischi! l'erede ha rinunziato, per aver voluto, come donatario o legatario, avere una quota maggiore di quella che avrebbe avuto come erede! Dunque ha rinunziato per ritenere tale maggior quota! sì! ma altresì con le eventualità attribuitevi; ha ritenuto la liberalità tal quale era, annullabile o riducibile; ed ha assunto difenderla a suo rischio e pericolo! (confr. decis. C. di Nîmes 6 feb. 1824, *Bonsquet*, Sirey, 1824, II, 117; *arresto* C. cass. 2 feb. 1830, stesse parti, *Dev.* 1830, I, 237; decis. C. di Grenoble 20 lug. 1832, *Maguin*, *Dev.* 1832, II, 534; di *Poitiers* 7 agos. 1833, *La Villegisse*, *Dev.* 1834, II, 166; *Belost-Jolimont* sopra *Chabot*, art. 784, osserv. IV; *Fouët de Coufflans*, art. 785, n. 3; *Zachariae* (ediz. Massé e Vergé) t. II, p. 318; *Duvergier* sopra *Toullier*, t. II, n. 351 bis, nota a).

99. — La rinunzia, affetta da vizio d'incapacità, di dolo o violenza, essendo semplicemente annullabile, è forza desumerne le tre conseguenze da noi già desunte da cotesto carattere di annullabilità, relativamente all'accettazione, cioè:

1° Che l'azione di nullità o di rescissione può venire esercitata dal rinunziante o da coloro che lo rappresentano;

2° Che è dessa suscettiva di estinguersi mercè la conferma o la ratificazione;

3° E che perdura un decennio, comunque questa ultima tesi sia più procacida, riservandoci ragionarne in prosieguo (confr. il t. II, n. 553, 555; *Lebrun*, lib. III, cap. VIII, sez. II, n. 56, decis. C. di Grenoble 6 dic. 1812, *Achard*, *Dev.* 1813, II, 290).

100. — Ben si comprende che l'erede, restituito contro la sua rinunzia, possa accettare la eredità, sia puramente e semplicemente sia col beneficio dello inventario.

101. — Gli effetti di questa restituzione

possono altresì considerarsi sotto un duplice punto di veduta:

A. Relativamente agli altri eredi, i quali avevano accettato e son tenuti di costituire tutta o parte della eredità;

B. Relativamente ai terzi, i quali han tutto acquistare degli eredi medesimi, *meo tempore*, dritti sui beni ereditari.

102. — A. Relativamente alle relazioni dell'erede restituito contro la sua rinunzia: suoi coeredi, o coi parenti di grado seguente, i quali avessero accettato, deggiasi determinare in conformità dei principi del dritto comune; ed è mestieri applicare ciò che dicemmo circa simigliante terminamento da seguire dopo la rescissione dell'accettazione; con la differenza non di meno che gli altri eredi, nella nostra attuale ipotesi, potrebbero conservare i frutti cessi percipiti, se fossero di buona fede (art. dagli art. 139, 519 — 474; *confr.* il tom. n. 562-565).

103. B. Relativamente ai terzi i quali hanno potuto contrattare, *medio tempore*, circa beni ereditari, con gli eredi oggidì evinti, indubitato non poter venire molestati dall'erede restituito, quante volte trattarsi di atti di amministrazione (arg. dagli art. 779, 794240 — 696, 713, 1193; *ved.* il nostro tomo dell' *Assenza*, n. 235 e seg.).

Ma che mai statuire, riguardo alle alienazioni degli immobili ereditari fatte a pro terzi compratori di buona fede?

Lebrun, il quale insegnava, come osservammo (tomo II, n. 569), e che regolarmente, nelle restituzioni, debbesi mantenere che siasi fatto di buona fede, non applica nulladimeno tal regola nella ipotesi in esame. *Duhito*, egli diceva, che quanto siasi fatto prima della restituzione, debba sussistere dappoi, se vi sieno stati dolo e frode, coloro i quali volessero cavar vantaggio dalla rinunzia, avendovi indotto il rinunziante mercè sinistri mezzi, abbiano ancora affettato di vendere, sin dal giorno dopo rinunzia, tutti i beni ereditari, siccome il dolo altrui è stato la causa della rinunzia, e la restituzione debbe essere piena ed insoluta ed il figlio rinunziante debbe rinequiescere i beni alienati, facendosi la restituzione alla come ora. » (*Lih.* III, cap. VIII, sez. I num. 57).

Coloro i quali professano la tesi generale della nullità della vendite consentite dall'erede apparente, ben si comprende dover ac-

gliere cotesta soluzione, la quale è una conseguenza affatto naturale della loro dottrina.

Ma è da confessare tal soluzione essere per contrarin sommamente malagevole a difendere nel sistema di coloro i quali insegnano la validità delle alienazioni consentite dall'erede apparente, segnatamente quando poggiassi, come abbiamo praticato, il sistema medesimo sulla esistenza di un mandato, in forza di cui l'erede che possedeva la eredità reputasi, rispetto a' tempi, aver potuto amministrare cum libera il patrimonio ereditario (vedi il tomo II di questo Trattato, n.º 369).

Del resto le circostanze notate da Lebrun, nel luogo testè riferito, la precipitanza soprattutto con cui tutti i beni ereditari si sarebbero alienati il giorno dopo la rinunzia parrebbero dimostrare che, nel suo intendimento, i terzi non sarebbero stati scevri da colpa ed imprudenza, se non da mala fede; ed in questo caso ammetteremmo pure il rinunziante restituito ad agire contro di essi.

104.—Evi pure una ipotesi in cui la rinunzia può venire annullata, quella cioè in cui l'erede abbia sottratto o nascosto frodolentemente effetti ereditari (art. 792—799); ma noi già specialmente ne ragionammo (vedi il tomo II, n.º 469).

SEZIONE IV.

Dell'accettazione con beneficio dello inventario.

ESPOSIZIONE. — CENNO STORICO. — DIVISIONE.

SOMMARIO.

105. — Definizione del beneficio dello inventario. — Osservazioni.
 106. — Origine del beneficio dello inventario. — Cenni storici.
 107. — Del beneficio dello inventario nelle nostre antiche province di diritto scritto.
 108. — Nelle nostre antiche province consuetudinarie.
 109. — Continuazione. — Della esclusione dell'erede beneficiato fatta dal parente dello stesso grado o di grado più remoto dichiaratosi erede puro e semplice.
 110. — Il Codice Napoleonico ha accettato il beneficio dello inventario da' suoi antichi impacci.
 111. — Divisione.

105.—Il beneficio dello inventario è un modo di accettazione, il quale attribuisce all'erede il vantaggio di esser tenuto de' debiti e pesi sino alla concorrenza de' beni ereditari e non confondere i suoi dritti con quelli del defunto.

DEMOLOGIE, Vol. VIII.

È desso un mezzo termine, un partito medio, come diceva Montvallon, fra l'accettazione pura e semplice e la rinunzia: « Non debbasi lasciare di necessità l'erede fra il timore di una totale rovina mercede di una rischiosa accettazione e la certezza di un assoluto spogliamento mercede di una meticolosa rinunzia. » (Esposizione de' motivi fatta da Treillard, ved. Locré, t. X, p. 495).

Ciò non vuol dinotare che l'accettazione col beneficio dello inventario non possa soggiacere di per sé ad eventi e perigli circa l'obbligo della collazione (art. 843—762; ved. il tomo II, n.º 319).

Ma alcuno preserva l'erede riguardo a' creditori e legatari.

Ed è da riflettere che costoro non hanno a dolersene; avvegnachè il beneficio dello inventario è ordinato, o almeno la volontà del legislatore è stata di ordinarlo in guisa da venire i beni ereditari, formanti il loro pegno, esattamente comprovati ed amministrati.

Dunque sì fatto stabilimento sembra aver conciliato nel modo più soddisfacente, i dritti delle diverse parti interessate.

E dopo forse soggiungere esser desso un ritorno al dritto di natura, a norma di cui l'erede non dovrebbe essere in verun caso tenuto al pagamento de' debiti del suo autore ultra vires? In vero parecchi avvisano che lo stesso erede puro e semplice dovrebbe essere per equità obbligato sino alla concorrenza de' beni da lui conseguiti, o che la indefinita obbligazione del pagamento de' debiti è fondata su motivi di pratica utilità, ad obbietto di preservare i dritti de' creditori dalle frodi de' successori (conf. Volfo, 7ª parte, § 968; Merlin, Rep., v. Legatario; Toullier, t. II, n.º 332). Forse tal distinzione fra il dritto di natura ed il dritto civile tornerebbe ancora qui sommamente oppugnabile; ma ciò che sembra indubitato sì è che l'obbligo illimitato al pagamento de' debiti nulla offre più di osteggiante il dritto di natura, tostochè la legge civile somministra all'erede il mezzo di premunirsene.

Non pertanto per la prima volta è apparso il beneficio dello inventario in tempo abbastanza inoltrato nella storia del privato dritto. Anzi è da soggiungere che, dopo introdottovi, non ha conseguito dappertutto egual favore.

106.—La origine del beneficio dello inventario risale allo imperator Giustiniano, il quale lo stabilì con la celebre costituzione *Scimus*, 22, nel Codice, *de Jure deliberandi*.

È ben vero che la idea di un misto ordinamento, il quale, nel lasciare all'erede il proprio titolo, preservasse i beni suoi da' procedimenti de' creditori ereditari, e circoscrivesse i procedimenti medesimi a' beni della eredità, da lungo tempo era in campeggiando: essa ad evidenza si discioglie ne' vari spedienti escogitati in dritto romano, sia dal pretore, sia dall'uso; e lice riguardare come i primi saggi ed i precursori del beneficio dello inventario i benefici di separazione o astensione conceduti agli eredi necessari, del pari che i patti fra l'erede ed i creditori della eredità, mercè di cui costoro medesimi nel conferire all'erede mandato di accettare, obbligavansi a garantirlo da ogni documento derivante da tale accettazione (Inst., § 1, 2, de haered. qual. et diff. l. 32 ff. mandati; l. 4, princ. ff. de dol. mal. et met. except.; l. 7, 8, 9, ff. de pactis).

Ma quei mezzi, di cui i due primi risguardavano talune classi di eredi, e di cui il terzo dipendeva dalla volontà de' creditori o almeno dal maggior numero di essi, erano ben lungi dal raggiungere lo scopo.

La stessa osservazione va applicata al *jus liberandi*, val dire alla facoltà conceduta all'erede di deliberare de' *adeunda vel non adeunda haereditate* (Inst., § 3, loc. supra cit.).

Imperocchè, comunque tal garanzia avesse un più generale carattere e venisse conceduta dalla legge, essa medesima ad evidenza tornava insufficiente; perciachè inopinati avvenimenti potevano mutare in apparente stato della eredità, e mentre dapprima era sembrata pingue, potevano renderla di poi priva di ogni consistenza, ovvero, mentre dapprima era sembrata priva di consistenza, renderla per contrario dappoi sommaramente consistente e pingue; per modo che l'erede, eziandio dopo essersi valso del *jus deliberandi*, poteva trovarsi gravemente illuso ed in disquilibrio, sia che avesse accettato, sia che avesse rinunziato.

Dunque è da ammettere Giustiniano essere il primo il quale, con lo stabilire il beneficio dello inventario, abbia offerto nell'erede una garanzia davvero efficace avverso il pericolo di un'assoluta alternativa fra l'accettazione pura e semplice e la rinunzia.

Non pertanto è da riflettere aver quello imperatore circoscritto il beneficio medesimo agli eredi i quali accettassero senza deliberare.

Relativamente a coloro i quali dimandassero il *jus deliberandi*, lo accordava ad essi;

ma del pari negava ad essi il beneficio dello inventario.

Insomma Giustiniano conferiva ad essi scelta: *electionem ei datus*; o non permetteva cumularsi due precauzioni: *geminis tutum* (l. XLII, § 14, Cod. de jus deliber.).

407 La costituzione di Giustiniano veniva osservata un tempo in Francia senza restrizioni nella maggior parte de' paesi di dritto scritto.

Consequentemente l'erede, il quale volesse ricorrere al beneficio dello inventario, ne doveva dimandare il *jus deliberandi*.

Altronde bastava che, in conformità del costituzione giustiniana, l'erede cominciasse ne' trenta giorni, un inventario, il quale doveva compiere ne' sessanta giorni seguenti.

E nessuna lettera regia era necessaria tale oggetto, pel motivo, come insegna Pothier, che la costituzione di Giustiniano, avendo, mercè la permissione del Re, forza d'autorità di legge in quelle province, l'erede non abbisognava di ricorrere al Re, per ottener da lui un beneficio concedutogli dalla legge (*delle Success.*, cap. III, sez. III, § 3; Lebrun ed Espiard, lib. III, cap. IV, n. 2.)

408 Il beneficio dello inventario era pur invalso ne' paesi consuetudinari; ma non prescriveva dallo aver abbisogno di molto tempo formarsi, non fuvi mai ammesso, in certezza, se non eccezionalmente e con taluni restrizioni notevolissime.

La prima le primariamente faceva mestieri generale ottenerlo dal Principe con lettere rilasciate nelle cancellerie de' Parlamenti, e quali dovevano ratificarsi dal giudice del luogo dell'apertura della successione.

Non dimeno talune consuetudini espressamente concedevano il beneficio dello inventario, e quindi in esse lo impetrare le lettere regie non richiedevansi e per la stessa ragione afferma Pothier (*supra*), che esse non sono richieste ne' paesi di dritto scritto, e val di più perchè la consuetudine avendo forza di legge mercè la permissione del principe, la concessione che faceva reputavasi fatta dallo stesso principe (cons. di Bretagna, art. 314; Sedno art. 476; di Berry, art. 19.)

Ed eziandio la eccezione medesima non si stendeva alle più numerose consuetudini come quelle di Parigi e d'Orleans le quali, senza permettere espressamente il beneficio dello inventario, ne presupponevano semplicemente la esistenza con disposizioni che ne regolavano lo esercizio (Lebrun, lib. III, cap. I).

n. 3; Denisart, v. *Benefizio d'invent.*, n. 3; Merlin. *Rep.* v. *Benefizio d'invent.*, numero 1).

409. — Inoltre l'erede, il quale consentisse ad accettare col beneficio dello inventario, poteva venire escluso da un parente di grado eguale o di grado più remoto, il quale offrisse di accettare puramente e semplicemente.

Siffatta preferenza data all'accettazione pura e semplice su l'accettazione col beneficio dello inventario, la quale non era stata ammessa nelle province di diritto scritto, tranne nella giurisdizione del parlamento di Bordò, erasi per contrario da lungo tempo stabilita nelle province consuetudinarie: anzi sembra esservi stata in origine praticata in modo assoluto e senza distinguere gli eredi in linea retta dagli eredi in linea collaterale; ma indubitabilmente perchè tal diritto di esclusione del parente più prossimo mercè parenti più remoti, produceva il risultamento oltremodo deplorabile, soprattutto nella linea retta, di sconvolgere l'ordine legale della trasmissione de' beni, non indugiò a venire circoscritto alla linea collaterale.

Lo interesse della memoria del defunto, lo interesse de' creditori e de' legatari, costituivano i motivi su cui poggiava lo stesso diritto di esclusione: *favore defuncti, creditorum et legatiorum*, ha insegnato Masuer: converrebbe soggiugnere, se vogliasi tener dietro alle testificazioni di Bretonnier (sopra Henry, lib. VI, cap. IV, quist. 2), che le frodi, di cui il beneficio dello inventario era divenuto il mezzo, non poco influirono altresì allo stabilimento di cotesta consuetudinaria istituzione.

E, ad onta di tali considerazioni, molti valenti intelletti avevano oppugnato tal diritto di esclusione: Pothier il reputava sommamente ingiusto ed anche ingiusto delle *Success. emp.* III, sez. III, art. 1, § 4; era pur questo il sentimento di Lebrun (lib. III, cap. IV, n. 36, e seg.); e Basnage non esita ad attribuirlo « a cattivi pratici, i quali divisavano che l'erede assoluto dovevasi sempre preferire all'erede beneficiario... » (su l'art. 86 della cons. di Normandia.)

Del resto osserviamo che l'erede beneficiario poteva ovviare alla esclusione, dichiarandosi esso medesimo erede puro e semplice (confr. cons. di Parigi, art. 339; Pothier, delle *Success.*, cap III, sez. III, art. 3; Lebrun, lib. III, cap. IV, n. 40; Loysel, *Instit.*

consued., reg. 320; Ferrière, sull'art. 343 della cons. di Parigi).

410. — Il codice Napoleone, ammettendo il beneficio dello inventario, l'ha spogliato di tali restrizioni ed ostacoli.

Da un lato, a differenza del diritto romano e de' paesi di diritto scritto, permette, come dimostrammo, cumularsi il diritto di deliberare ed il beneficio dello inventario (art. 795 e seg. — 712; ved. il t. II, n. 264 e seg.);

D'altro lato, a differenza del diritto delle province consuetudinarie, toglie via:

1° La necessità, inutilmente dispendiosa, di ottenere lettere regie, il cui caso altronde, già abolito dalla legislazione intermedia, era stata surrogata nella pratica di quel tempo, da una dimanda giudiziale, che il nostro Codice neppure ha voluto richiedere: dunque oggidì il beneficio dello inventario trovasi concesso di pieno diritto e direttamente all'erede dalla stessa legge, senza alcuno intervento del magistrato (confr. la legge dei 7-11 sett. 1790, art. 21; Bressolles, *Rivista di legisl.*, t. IX, p. 311);

2° Il diritto di esclusione dell'erede beneficiario mercè il parente dichiaratosi erede puro e semplice: l'art. 83 del progetto, presentato da Cambacérès, espressamente lo aboliva; ma i compilatori del Codice divisarono ragionevolmente che l'assoluta disposizione dell'art. 774 — 691 bastava per eliminare in avvenire ogni idea di preferenza dell'uno su l'altro modo di accettazione (confr. Merlin, *Rep.* v. *Benefizio d'invent.*, n. 49, e v. *Effetto retroattivo*, sez. III, § 4, n. 6; Chabot, art. 774, n. 43).

411. — Dobbiamo, intorno a cotesta rilevante materia, scendere alle esame di quattro principali punti, cioè:

1° A quali eredi o successori il beneficio dello inventario viene concesso e può tornare utile?

2° Quali sono le condizioni e le formalità del beneficio dello inventario.

3° Quali sono i suoi effetti?

4° In quali casi il beneficio dello inventario può cessare, sia per la rinunzia fattavi dall'erede, sia per la decadenza contro di lui pronunziata.

§ 1.

A quali eredi o successori il beneficio dello inventario viene concesso e può tornare utile?

SOMMARIO.

112. — Tutti coloro cui sia spettata una eredità possono per tesi generale, accettarla col beneficio dello inventario.

113. — Il beneficio dell'inventario, avendo principalmente per scopo di preservare il successore dal pericolo della obbligazione al pagamento de' debiti *ultra vires*, debbe competere a tutti i successori, i quali sono tenuti *ultra vires*.
114. — Continuazione. — Degli eredi legittimi.
115. — *Quid* rispetto a' legatarii universali o a titolo universale? — A' donatarii per contratto di matrimonio, in tutto o in parte, de' beni del *de cuius*? — A' successori irregolari?
116. — Continuazione. — Esposizione dell'antico diritto latino a questa materia?
117. — Continuazione.
118. — Continuazione.
119. — *Quid* rispetto a' successori irregolari?
120. — *Quid* rispetto a coloro i quali sperimentino il diritto di ritorno successorio ne' casi contemplati con gli art. 351, 352—747 e 766?
121. — In alcuni casi la eredità può accettarsi uoleamente col beneficio dell'inventario.
122. — Continuazione.
- 122 bis. — Continuazione.
123. — Il beneficio dell'inventario viene concesso, separatamente ed individualmente, a ciascuno degli eredi, quando alcuo più. — Conseguenze.
124. — Il beneficio dell'inventario viene concesso all'erede avverso tutti i creditori indistintamente.
125. — Continuazione. — *Quid* relativamente all'amministrazione del registro, ereditaria di amazione?
126. — Il *de cuius* può forse interdire al successore il beneficio dell'inventario, legandosi egli di non distendere l'inventario ed accettare puramente o semplicemente?
127. — Il *de cuius* potrebbe forse condizionare la volontà che al suo successore goda de' vantaggi del beneficio dell'inventario, esonerandolo dall'obbligo di distendere l'inventario?

412. — A norma dell'art. 774—691.

« L'eredità può essere accettata puramente e semplicemente e col beneficio dell'inventario. »

Absolute son queste espressioni; e ne conseguiva che la scelta fra l'accettazione pura e semplice e l'accettazione col beneficio dell'inventario viene concessuta, per tesi generale, a chiunque sia chiamato a raccogliere una eredità, val dire la universalità de' beni di una persona trapassata, l'*universum jus, quod defunctus habuit* (l. 62, ff. de Reg. juris; ed. il tom. II, n. 259 bis.)

Dunque non è questo un privilegio, come potrebbe farlo credere, a primo aspetto, la denominazione *beneficio conservatigli*; sì bene è una istituzione di diritto comune; e lungi dallo interdire il nostro Codice ad alcun successore l'accettazione col beneficio dell'inventario, per contrario appunto l'accettazione pura e semplice ha interdetto a taluni, im-

nendo loro il beneficio dello inventario (*infra*, n. 424).

Abbiamo osservato altresì che l'accettazione col beneficio dell'inventario può aver luogo, in ogni circostanza, al pari dell'accettazione pura e semplice (confr. *supra*, n. 54, 64, 110, ed il tom. II, n. 559).

113. — Altronde il beneficio dello inventario viene concesso per altro a coloro ai quali può tornare utile.

Esiccome il pericolo, da cui ha precipuamente per scopo di preservare il successore, è la obbligazione del pagamento de' debiti *ultra vires*, così la conseguenza si è potersene valere tutti i successori, i quali son tenuti pagare *ultra vires* i debiti e pesi ereditarii.

Dunque il dimandare a quali successori il beneficio dello inventario viene concesso è dimandare, in altri termini, quali successori siano tenuti de' debiti e pesi *ultra vires*.

414. — È manifesto tutti gli eredi legittimi, discendenti, ascendenti, collaterali poter ricorrere al beneficio dello inventario (confr. l. II, n. 512 e seg.; ved. nondimeno *infra*, n. 129.)

115. — Ma per l'opposto è tesi ancora oggi sommamente controversa se il beneficio dello inventario possa essere utile:

1° A' legatarii universali o a titolo universale, ed a donatarii per contratto di matrimonio, in tutto o in parte, de' beni del *de cuius*;

2° A' successori irregolari, val dire al figlio naturale, al padre o alla madre naturale, ed al conjuge superstite.

Rispetto a noi abbiamo già appalesato la opinione che tutti questi successori son tenuti di pagare i debiti e pesi ereditarii *ultra vires*, e che conseguentemente han diritto di valersi del beneficio dello inventario (ved. il tom. I, n. 80, 132 bis e 160; ed il tom. II, n. 43, 138 e 258).

Cotesta dottrina ci pare sempre la sola giuridica sotto l'impero del Codice.

416. — A pro della teorica, la quale pretende che i legatarii e donatarii universali o a titolo universale ed i successori irregolari non abbisognano del beneficio dello inventario per non esser tenuti de' debiti *ultra vires*, si è molto invocata l'autorità del nostro antico diritto nazionale, nelle province consuetudinarie; e conveniamo non senza ragione, nel senso che, ne' paesi consuetudinarii, i legatarii andavano generalmente risguardati

come semplici successori ne' beni, tenuti dei debiti soltanto *intra vires*.

Ma nulladimeno è rilevante il riflettere che da lungo tempo la dottrina medesima era addivenuta incerta, e che lo stato delle opinioni poteva anche far presentire il futuro successo della novella dottrina, molto migliore, dall' odierno legislatore sancita.

Non parliamo de' pasci di diritto scritto, ne' quali è noto che, in conformità delle romane tradizioni, la successione poteva essere testamentaria del pari che legittima, e nei quali l'erede istituito era tenuto de' debiti nella stessa guisa dell'erede legittimo.

Agli stessi pasci di diritto consuetudinario applicasi la nostra osservazione, a que' pasci in cui militava la distinzione fra successori nella persona ed i successori ne' beni, in conformità della quale distinzione i legatarii ed i successori irregolari, ben lungi dallo addiventare debitori personali de' pesi ereditarii, ne eran tenuti per contrario a causa de' beni e quindi potevano esonerarsene abbandonandoli.

Precisamente in que' paesi, noi diciamo, la dottrina nella subbietta materia non sembrava molto stabile nè chiara.

Senza far cenno di alcune consuetudini, le quali assomigliavano al legatario universale all'erede istituito (cons. di Metz, XI, art. 1; di Berry, XIX, art. 9), scorgiamo negli scritti de' giureconsulti molte incertezze e discrepanze.

A cagion di esempio Bourjon (*Diritto comm.* L. V, t. VII, cap. XIII, n. 3) e Ferrières (*Diz. v. Benefizio d'invent.*) assomigliano al legatario universale il donatario universale per contratto di matrimonio, nel quale ravvisano altresì un successore ne' beni; mentre per contrario Pothier insegna che il donatario universale « succede al pari di ogni altro erede... » e che è tenuto de' debiti ereditarii *ultra vires*, se non sia ricorso al beneficio dello inventario » (Introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n.º 23).

Circa lo stesso legatario universale, Lebrun, dopo avere insegnato esser tenuto de' debiti sino alla concorrenza de' beni, insegna dappoi che esso è « un erede istituito dalla legge domestica e dal testamento del defunto; che esso rappresenta perfettamente la sua persona...; che è tenuto indistintamente di tutte le sue obbligazioni... » (I. b. III, cap. IV, n. 40 e 79).

E, relativamente a' successori irregolari, se

è vero che il principe o il signore, il quale conseguiva la eredità per diritto di confisca, di caducità, di bastardigia o albinaggio, ovvero l'abbato, il quale succedeva nel peculio del suo religioso; se è vero, io dico, che cotesti successori irregolari non abbisognano di lettere di beneficio d'inventario per non esser tenuti de' debiti *ultra vires*, è uopo soggiungere che il conjuge superstite andava per contrario risguardato qual vero erede (espressioni adoperato dallo stesso Pothier), succedente in tutti i diritti attivi e passivi del defunto, e rispetto a cui Lebrun insegnava altresì dover ottenere lettere di beneficio d'inventario, se voglia esimersi dal pagamento de' debiti oltre la consistenza della eredità (confr. Pothier, Introd. al tit. XVII della cons. di Orleans; e Lebrun, *loc. supra cit.*, n. 79).

In occasione pur di siffatto luogo di Lebrun, Duranton soggiugne che quello autore avrebbe indubitabilmente statuito la cosa stessa relativamente al figlio naturale, se i figliuoli naturali del tempo suo fossero stati chiamati alla successione, come il sono in conformità del Codice (L. VII, n. 12).

Da ultimo, per compiere tale esposizione della parte storica del nostro subbietto, osserviamo che gli stessi successori irregolari, come il signore alto giustiziero, a cagion di esempio, che veniva esonerato dallo impetrare lettere di beneficio d'inventario, erano, secondo la più generale opinione, tenuti alla soddisfazione de' debiti *ultra vires*, quando non avessero fatto comprovare, per mezzo d'inventario, la consistenza de' beni ereditarii: la ragione si è, dice Lebrun, che essi succedano, in ogni specie di beni mobili o immobili e che in ciò rappresentano la persona del defunto (*loc. supra cit.*).

Alla qual ragione dobbiamo soffermarci; conciossìachè sopra di essa l'odierno legislatore bentosto poggerà la novella dottrina.

Ed è da riflettere che cotesta ragione si andava facendo strada, se posso così esprimermi, da per ogni dove, negli antichi tempi.

Seguentemente Dantoina la formulava nel modo più evidente nello suo *Regole di diritto civile*:

« ... Sia qualunque il titolo onde si succede, egli dice, purchè il titolo sia universale, il successore reputasi erede, per la ragione che ogni persona la quale succeda in tutti i beni del defunto reputasi avere la qualità di erede (P. 378; confr. Lepretre, cent. 4, cap. VI, e cent. 2, cap. XXXIX; Domst,

Leggi civili, lib. I. tit. I, sez. XIII; Brodeau sopra Louet, p. 383).

Tal era il diritto anteriore al Codice.

117. — Quali sono mai gli stabilimenti dell'odierno legislatore?

Cotesta tesi è sommamente azitata.

E dapprima, rispetto al legatario universale o a titolo universale ed al donatario di tutti o parte de' beni futuri, tre opinioni vengono sempre in campo:

A. La prima insegna che tutti i legatarii o donatarii universali indistintamente, sono semplici successori ne' beni; che il beneficio dello inventario è inerenti al loro medesimo titolo; e che potrebbero esser tenuti *ultra vires* solo per effetto di una presunzione di frode, se avessero confuso i beni della eredità co' beni loro particolari.

Siffatta opinione poggia precipuamente su l'art. 1002 — 928, il quale è del seguente tenore.

« Le disposizioni testamentarie sono o universali, o a titolo universale, o a titolo particolare.

« Ciascheduna di queste disposizioni fatta, e tanto sotto la denominazione d'istituzione di erede, quanto di legato produrrà il suo effetto secondo le regole in appresso stabilite pe' legati universali, pe' legati a titolo universale e pe' legati particolari. »

Ed essa ne inferisce che gli autori del nostro Codice, preferendo in tal congiuntura, come quasi sempre, il diritto consuetudinario al diritto scritto, hanno invertito la istituzione di erede in semplice legato universale, e che lungi dallo avere assimigliato il legatario universale all'erede istituito, per contrario l'erede istituito hanno essi assimigliato al legatario universale: la prova si è, dicesi, che quello articolo venne compilato dietro dimanda del Tribunale appositamente per proclamare la principale idea che « tutti gli effetti attribuiti dalle leggi romane al titolo di erede testamentario trovansi interamente annientati » (Fenet, t. XII, p. 459).

Aggiugnasi che la obbligazione *ultra vires* è sommamente dura, e, se può giustificarsi, riguardo agli eredi legittimi, per quella solidità di sangue, la quale unisce i membri della stessa famiglia e forma del parente superstite l'erede, val dire il rappresentante della persona del parente trapassato, non avrebbe alcun fondamento riguardo a legatarii ed a donatarii, che il disponente ha inteso onorare e non gravare, ed i quali succedono

semplicemente ne' beni suoi (confr. Bugnet sopra Potbier, t. VIII, p. 243; Valette, citato in questo senso da Mourlon, *Bipet. scrit.*, t. II, p. 357; Duvergier sopra Tonliet, t. II, n. 521, nota a; Marendé, t. IV, art. 4002, n. 2 e *Rivista critica di giurispr.* 4852, t. II, p. 497; Berriat-Saint-Prix, *Rivista critica di giurispr.* 4852, t. II, p. 467; Tambour, *del Benefizio d'invent.*, p. 424 e seg.)

B. La seconda opinione distingue:

Se il legatario o il donatario universale ha il possesso legale non trovandosi, in tempo della morte del testatore, eredi riservatarii, essa il dichiara tenuto de' debiti e pesi *ultra vires* (art. 1006 — 932),

Ma per l'opposto annodasi alla prima opinione, quando il legatario o donatario universale, trovandosi in concorso con eredi riservatarii, è tenuto di dimandare a costoro il rilascio de' beni compresi nel testamento (art. 1004 — 930), e conseguentemente altresì in tutti i casi, quando trattisi di legatario a titolo universale (art. 1014 — 965).

Tal distinzione poggiasi precipuamente su l'art. 724 — 615, a norma di cui *lo immediato possesso de' beni, diritti ed azioni del defunto passa ipso jure negli eredi legittimi, con l'obbligo di soddisfare a tutti i pesi ereditarii*: dalla qual disposizione si desume la conseguenza che il possesso legale è la causa efficiente della disposizione al pagamento de' debiti *ultra vires*, e che quindi la obbligazione medesima debbe venire imposta soltanto a tutti coloro i quali si trovino impossessati (Confr. Delvincourt, t. II, p. 91, nota 7 e p. 92, nota 4; Duranton, t. VII, n. 14; Demante, t. III, n. 24 bis, IV, e 24 bis. V. Chabot, art. 775, n. 14; ved. nondimeno cizauding art. 873, n. 26; Coin-Delisle, art. 1003, n. 10; Fouquet, *Enciclop. del Diritto*, v. *Benef. d'invent.*, n. 9 e 14; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 350; Chauveau sopra Carré, *Leggi della proc.*, n. 755.)

C. Finalmente, secondo la terza opinione, i legatarii universali o a titolo universale, ed i donatarii di tutti o parte de' beni futuri, sono sempre ed indistintamente tenuti de' debiti *ultra vires*, tranne quando accettino col beneficio dello inventario.

Cotesta dottrina discende simultaneamente, a parer nostro, da' testi medesimi del nostro Codice, e da' principii che l'odierno legislatore ha inteso fermare nella subbietta materia:

4° A norma dell'art. 1009 — 935, il lega-

tario universale, che concorra con un erede cui la legge riserva una quota parte de' beni, è tenuto *pe' debiti e pesi della eredità del testatore*, *PERSONALMENTE per la sua quota e porzione*, ed *ipotecariamente pel tutto*; e l'art. 1012 — 966 dichiara similmente che il legatario universale è tenuto *personalmente per la sua quota e porzione*;

Or, in conformità dell'art. 2092 — 1062, chiunque siasi obbligato *personalmente*, è tenuto ad adempiere alle contratte obbligazioni sotto la garanzia di tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri;

Dunque il legatario universale o a titolo universale è tenuto de' debiti e pesi ereditari, per lo intero o per la sua quota, indefinitamente su tutti i suoi beni; e di necessità debbesi dir lo stesso circa i donatari di beni futuri (confr. art. 1082, 1084, 1085 — 1038, 1040, 1041).

Son queste le testuali disposizioni! ed i su riferiti art. 1009 e 1012 sono tanto più decisivi in quanto che esprimono, rispetto a legatari universali o a titolo universale, assolutamente negli stessi termini adoperati dall'art. 873 — 794 riguardo agli eredi legittimi: « Gli eredi sono tenuti *n' debiti ed a' pesi ereditari personalmente a misura della loro parte e porzione virile, ed ipotecariamente per l'intero* »;

Or per qual motivo, nel nostro antico diritto, i legatari universali erano tenuti soltanto *intra vires*? Pothier ce lo ha additato (*supra*); val dire per non essere *debitori personali* (ved. ciziano Merlin, *Rep.*, v. *Legatario*, § 7, art. 1, n. 13 e 15);

Dunque, disponendo che i legatari universali o a titolo universale sono *personalmente obbligati*, il nostro Codice, per la medesima ragione, dispone essere tenuti *ultra vires dei debiti e pesi ereditari*.

2° Siffatti testi, noi diciamo, costituiscono la più esatta manifestazione dello essenziale principio che oggi regola cotesto subbietto.

L'odierno legislatore ha considerato che, essendo la *eredità* semplicemente la universalità giuridica de' diritti attivi e passivi del defunto, chiunque succedesse nella universalità medesima, in tutto o in parte, era effettivamente *no erede* nel senso ampio ed elevato di questo vocabolo (art. 1003, 1010, 1082, 1084 — 929, 964, 1038, 1040).

Egli ha considerato che lo antico distinzione fra' successori ne' beni ed i successori nella persona, fra gli eredi instituiti ed i le-

gatari universali, disconoscavano questa regola fondamentale, e poggiavano sopra differenze di vocaboli alquanto malagevoli a razionalmente giustificare.

E conseguentemente ha voluto che chiunque conseguisse, totalmente o parzialmente, la universalità de' diritti attivi e passivi del defunto, venisse in avvenire trattato, attivamente e passivamente, come il rappresentante del defunto, *loco haeredis*, sia che succedesse in forza della chiamata della legge, sotto la denominazione di erede, sia che succedesse in forza della volontà dell'uomo, sotto la denominazione di legatario o donatario (*supra*, n. 416).

Siffatto intendimento di abolire tutte le antiche distinzioni, per attenersi in avvenire alla semplice ed uniforme veracità del fatto, a chiare note disvelasi negli art. 967 e 1002 — 892 e 928; ed indebitamente si è invocato l'art. 1002 per inferirne le istituzioni di eredi essersi assimigliate a' legati universali, e non questi a quelle: ciò che effettivamente ne conseguita si è un reciproco assimigliamento de' due generi di disposizioni, i quali trovansi in avvenire confusi, nel senso che l'odierno legislatore, non fermandosi più ai vocaboli, si attiene in avvenire alle sole cose, val dire *alla volontà del testatore ed alla natura della disposizione*: così esprimemmi Joubert nel suo rapporto (Loché, t. XI, p. 468).

Il progetto della commissione nominata nell'anno VIII esprimeva pure, nel più positivo modo, siffatto intendimento del legislatore, dichiarando essere il legatario universale, tenuto, *come l'erede*, *personalmente per la sua quota*, ec. (art. 408, tit. IX; confr. Fenet, t. XII, p. 385); se questa compilazione è stata modificata, la volontà del legislatore è rimasta sempre la stessa, come abbiamo dimostrato.

Indubitabilmente non ad un tratto si è giunto a tal segno; anzi per contrario è stato uopo di molto tempo!

Molti oggidì non crederebbero che il legatario universale, nel nostro antichissimo diritto, non era tenuto affatto de' debiti al pari del legatario particolare!

Primieramente torna evidente nondimeno esservi beni sol dopo soddisfatti i debiti; e gli si debbe far sopportare una quota proporzionale de' debiti medesimi; ma non è ancor tenuto verso i creditori; e mercede deduzione, nel momento del rilascio de' legati, debbe aver luogo il contributo del legatario.

Pocca concedosi ai creditori avverso di lui

un'azione diretta, ma un'azione personale imperfetta, ob rem (Lebrun, lib. IV, cap. II, sez. I, n. 3; Merlin, *Rep.*, v. *Legatario*. § 7).

Da ultimo, dispogliandosi affatto la verità del principio della sua eterogenea veste, i legatarii universali o a titolo universale ci appaiono oggi quali veri rappresentanti del defunto (ved. l'art. 2141—1997).

Ed il nostro Codice, proclamando la definitiva vittoria di questo principio, non ha soltanto professato rispetto alla sana logica nel diritto; ma ha inoltre conseguito un pratico risulteramento utilissimo, con antivenire tutte le complicazioni, i circuiti di azioni ed i regressi, i quali, come ravviseremo parlando del pagamento dei debiti, un tempo si sventuratamente ingombravano di ostacoli ed impacci tutta la subbietta materia.

Cotesta dimostrazione ha assodato che la distinzione, suggerita dal secondo sistema fra l'ipotesi in cui i legatarii o donatarii universali hanno il possesso legale, e la opposta ipotesi, torna affatto inaccettabile; avvegnchè i testi degli art. 1009 e 1012 e lo essenziale principio su cui poggiano di necessità la proscrivono: di fatti il possesso legale, come dimostrammo, non è la causa efficiente della obbligazione al pagamento dei debiti *ultra vires*: la obbligazione medesima deriva unicamente dalla qualità di erede, o, in altri termini, di rappresentante del defunto (ved. il t. I, n. 432 bis).

418. — Forse obbietterassi che il nostro Codice non concede menomamente ai legatarii universali o a titolo universale la facoltà di accettare col beneficio dello inventario?

Agevole sarebbe la risposta; dappoichè è manifesto essere il beneficio dello inventario, in tutti i casi, la naturale conseguenza e lo indispensabile correttivo della obbligazione al pagamento dei debiti *ultra vires*.

È la prova ne discende, sia dalle antiche tradizioni, sia dalla ragione e dalla equità, sia da tutta la economia degli stessi testi del nostro Codice:

1° Abbiamo osservato che, nel nostro antico diritto, il beneficio dello inventario veniva concesso a tutti coloro i quali erano tenuti *ultra vires*: così a egion di esempio, Pothier il concedeva ai donatarii di beni futuri (*supra*, n. 416; confr. pure Fargole, cap. X, sez. III, n. 9; Lebrun, *loc. supra cit.*, n. 5; Boucher d'Argis sopra Bretonnier, *Quist. di Dir.*, v. *Benef. d'invent.*).

È ben vero che, come attesta Berauld (su

l'art. 443 della cons. di Normandia), l'antica giurisprudenza normanna, nel sottoporre il legatario universale all'obbligo del pagamento dei debiti *ultra vires*, gli avrebbe nulladimeno negato il beneficio dello inventario (confr. Merlin, *Rep.*, v. *Legat.*, § 7, art. 4, n. 46); ma era questa una esorbitante disposizione; e comunque siasi creata riproducirla nel nostro odierno diritto (ved. gli autori delle *Pandette franc.*, t. IX, p. 445, 446), pure è tornato impossibile lo accoglierla essendo troppo ostile alla ragione ed alla equità.

2° Effettivamente, secondo i dettami della ragione e della equità, non potrebbe comprendere per qual motivo il beneficio dello inventario, concesso ai successori chiamati dalla legge, verrebbe negato ai successori chiamati dalla volontà dell'uomo, tostochè gli uni e gli altri trovansi parimente tenuti *ultra vires*; anzi a fortiori i legatarii universali debbono venire ammessi al beneficio medesimo; e, sotto questo punto di veduta, noi medesimi affermeremo non dovere la liberalità riuscire onerosa a colui al quale il disponente volle gratificare: lo discordanti opinioni erroneamente applicano tale idea, quando ne inferiscono che di pieno diritto il beneficio dello inventario si acquista dai legatarii universali; dappoichè l'erede istituito era un tempo anche apparentemente un gratificato e nondimeno era sempre tenuto *ultra vires*: ma l'idea addivene sommamente esatta, quante volte inferiscasi dover egli venire annessi al beneficio dello inventario; e la obbligazione *ultra vires* imposta ai legatarii universali niente più offre di eccessivo, potendo, come l'erede, sia rinunziare, sia accettare col beneficio dello inventario; ma almeno è forza che osservino lo condizioni cui la legge ha sottoposto il beneficio stesso per la garanzia dei creditori e delle altre parti interessate.

3° E tanto precisamente risulta dal ravvicinamento de' due titoli del nostro Codice: *delle Successioni e delle Donazioni tra vivi e de' Testamenti*. In vero nessuno oppugna gli articoli del titolo delle *Successioni*, i quali regolano le relazioni de' successori universali, sia fra essi, sia riguardo a' creditori, tornare applicabili a' legatarii o donatarii universali (ved. il tomo I, n. 80 bis; confr. decia. C. di Torino 44 agosto 1809. Sirey, 1810, II, 229; arresti C. cass. 16 aprile 1839, Foisse, Dev. 1839, I, 264; 13 ag. 1851, Toussaint, Dev. 1851, I, 657; decia. C. di Tolosa 9 giu. 1852,

stesse parti; *G. del F.*, 1852, I, 481; il presidente Nicias Gaillard, *Riv. crit. di giurispr.*, 1852, I, II, p. 344; Merlin, *Rep.*, loc. supra cit.; Bilhard, *del Benef. d'invent.*, numero 27; Toullier, I, II, n. 395 e 524; Grenier e Bayle-Mouillard, I, n. 313; Chabot, art. 774, n. 14, e Belost-Jolimont, *Osserv.* 3; Taulier, I, IV, p. 430 e 454; Troplong, *delle Donaz. e de' Test.*, I, IV, num. 4836 e 4840).

419. — La stessa dottrina è applicabile ai successori irregolari, val dire a figli naturali, nati altri parenti naturali, padre, madre, fratelli o sorelle ed al congue superstiti (articolo 756, 757, 758, 767 — 674, 683).

E, essendo tenuti altresì personalmente ed *ultra vires* de' debiti della eredità, la conseguenza si è poter accettare col beneficio dello inventario (ved. il tomo I, n. 160, ed il tomo II, n. 45 e 253).

Nulladimeno cotesta tesi, come affermammo, non viene generalmente accolta: laonde Duranton insegna che: « Purchè il figliuolo naturale ed il congue superstiti abbiano disteso lo inventario loro imposto dagli art. 769 e 773 — 685, prima di ogni confusione, non potrebbero esser tenuti de' debiti e pesi ereditarij oltre la effettiva consistenza della eredità, anche quando avessero fatto un determinato atto, il quale, senza trar seco confusione de' mobili, basterebbe a privare un legittimo erede del beneficio medesimo, a cagion di esempio, assumendo in un atto la qualità di erede, o dichiarando in un atto vendere determinati fondi della eredità, o vendendo semplicemente i lor diritti ereditarij . . . » (Tomo VII, n. 42; agg. Zachariae, Massé e Vergé, I, II, p. 442).

Può accadere che il successore irregolare, il quale avesse assunto in un atto la qualità di erede, non debba venire di leggieri dichiarato aver fatto così una pura e semplice accettazione.

Ma non sapremmo ammettere che il successore irregolare, il quale disponesse da padrone de' beni ereditarij, senza osservare le formalità imposte all'erede beneficiario, non dovrebbe andar considerato quale erede puro e semplice.

420. — Per applicazione degli stessi principj avvisiamo il beneficio dello inventario doversi concedere ai successori, i quali, ne' casi dalla legge determinati, esercitano il diritto denominato ritorno successorio, val dire:

4° All' adottante ed a' suoi discendenti (articoli 351, 352 — 273, 276);

DEMOLOMBE, Vol. VIII.

2° All' ascendente donante (articolo 747 — 670);

3° A' fratelli e sorelle legittimi del figlio naturale (art. 766 — 681).

Essendo questi varii successori, a parer nostro, personalmente tenuti, e quindi *ultra vires* della quota da contribuire nella soddisfazione de' debiti, la conseguenza si è potere eziandio valersi del beneficio dello inventario (ved. il tomo VI, *Trattato dell' adozione*, ec., num. 477, 478; il tomo I di questo trattato, n. 452; ed il I, n. 158).

Non pertanto le opinioni, su tal punto, sono altamente discordanti in dottrina.

Laonde parecchi insegnano per l'opposto che ognuno de' successori de' quali trattasi è tenuto de' debiti soltanto *intra vires* emolumentari, nessuno di essi abbisogna di valersi del beneficio dello inventario, nè l' ascendente donante, nè l' adottante o i fratelli e sorelle del figlio naturale (confr. Duranton, I, VII, n. 44; Bilhard, *del Benef. d'invent.*, n. 137; Tambour, p. 445; Zachariae, Aubry e Rau, I, V, p. 397; Fonquet, *Enciclop. del Diritto*, v. *Benef. d'invent.*, n. 2);

Mentre Coin-Delisle, il quale avvisa che l' ascendente donante, al pari dell' adottante e suoi discendenti, debbono accettare col beneficio dello inventario, per non esser tenuti *ultra vires*, insegna una tesi diversa, relativamente a' fratelli e sorelle legittimi del figlio naturale.

Il nostro dotto collega, nel notevole studio da lui pubblicato circa il ritorno successorio, si esprime così:

« Ben ponderato, l' art. 766 costituisce meno un diritto di ritorno a pro de' fratelli e sorelle legittimi del figlio naturale che una specie di rivendicazione de' beni sottratti dal padre naturale . . . ; è un diritto menomamente gravato de' debiti ereditarij, se il figliuolo naturale lasci altronde beni sufficienti per estinguere tutti i suoi debiti senza menomare i beni donati. » (*Rivista critica di giurispr.*, 4857, I, XI, p. 226 e 229, n. 56 e 61.)

Se si ammette cotesta valutazione della natura del diritto de' fratelli e sorelle legittimi del figliuolo naturale, nel caso contemplato con l' art. 766, la conseguenza trattane da Coin-Delisle al certo tornerà esatta.

Ma ci pare sommamente malagevole scorgervi, come afferma il nostro rispettabile collega, un diritto tanto esorbitante quanto siffatta rivendicazione lor conceduta! ed è questa la cagione per cui persistiamo nel dividerlo

che il diritto medesimo nell' art. 766 è, come negli art. 354 e 747, un diritto di ritorno successorio (red. il t. II, n. 455).

421. — Altronde abbiamo osservato esservi due ipotesi in cui la eredità può accettarsi unicamente col beneficio dello inventario, cioè:

1° Nel caso contemplato con gli art. 461 e 776—384 e 693, quando la eredità sia spettata a minori o interdetti;

2° Nel caso contemplato con gli art. 781, 782 — 698, 699, quando gli eredi di colui al quale è spettata la eredità, e trapassato senza aver preso alcuna determinazione, non sieno di accordo per accettare o rinunciare.

Coteste due ipotesi furono già da noi disaminate (red. il tomo II, n. 333 e seg., 343 bis e seg.; ed *infra*, n. 133.)

Anzi abbiamo osservato, rispetto all'ultima (quella contemplata con gli art. 781-782), che la necessità dell'accettazione col beneficio dello inventario poteva offrire gravi inconvenienti.

E potrebbe applicarsi eziandio la stessa osservazione alla prima ipotesi. Il tribunale di Rennes, nelle sue osservazioni del progetto, fece di fatto osservare « che pareva ingiusto obbligare i tutori ed i minori emancipati a sopportare le spese del beneficio dello inventario per una eredità che offerisse ad evidenza più beni che debiti; » e dinandava che la eredità potesse venire accettata, sia puramente e semplicemente, sia col beneficio dello inventario, secondo la deliberazione del consiglio di famiglia (Fenet, tomo V, p. 362; red. altresì Mourlon, *Ripet. scrit.*, tomo II, pag. 86).

Non pertanto il Codice ha creduto dover adottare il partito in tutti i casi più prudente e sicuro.

422. — A tali due ipotesi Bilhard ha diviso: to esser mestieri aggiungerne due altri.

1° Quella in cui la eredità venga accettata da creditori in nome del debitore.

2° Quella in cui venga accettata da un corpo morale, come un comune, un ospizio, una chiesa (del *Benef. d'invent.*, n. 29; agg. D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 708.)

Nondimeno nessun testo dichiara che in queste due ipotesi, la eredità potrà venire accettata soltanto col beneficio dello inventario.

Non pertanto il vero si è andar questo due speciali ipotesi sommesse a regole particolari.

Laonde l'accettazione, fatta da creditori, di una eredità spettata al loro debitore, non po-

trebbe imporre a costui, quando non abbia esso medesimo accettato, l'obbligo di pagare i debiti (confr. Fouquet, *Enciclop. del Diritto*, n. 16). Relativamente a creditori, il magistrato indubitamente permetterà loro accettare, in nome del debitore, soltanto col beneficio dello inventario; anzi in tutti i casi, siccome abbiamo osservato non divenire personalmente eredi, così parrebbe sufficiente che facessero provare, mercè fedele ed esatto inventario, la consistenza de' beni ereditari (confr. il tomo II, n. 326, e *supra*, n. 76 ed 84.)

La stessa osservazione è applicabile a comuni, agli ospizi, ec., nel senso che questi corpi morali, non potendo accettare senza autorizzazione, accadrà sempre, come dimostra la esperienza, venir loro l'autorizzazione medesima accordata unicamente per accettare col beneficio dello inventario (confr. Toullier, t. II, n. 395, nota 4; Tambour, p. 412.)

122 bis — Relativamente alle donne maritate, erroneamente a parer nostro Fouquet insegna potere elleno accettare soltanto col beneficio dello inventario le eredità loro spettate (*Enciclop. del Diritto*, v. *Benef. d'invent.*, n. 49.)

In vero nessun testo impone loro siffatta obbligazione (red. il t. II, n. 322).

423. — Altronde il beneficio dello inventario viene concesso separatamente ed individualmente a ciascuno degli eredi, quando sieno più; del pari che uno può rinunciare, mentre l'altro accetti, uno può accettare col beneficio dello inventario, mentre l'altro accetti puramente e semplicemente (art. 774—691.)

E l'accettazione col beneficio dello inventario fatta da uno non modifica menomamente gli effetti dell'accettazione pura e semplice fatta dall'altro o reciprocamente: per contrario i diritti e le obbligazioni di ciascuno degli eredi rimangono sempre gli stessi, sia tra loro sia riguardo a creditori ed a legatari, sia qualunque il modo di accettazione, simile o diverso, adottato da ciascun di essi (red. nondimeno *infra*, n. 467 e seg.; Potbier, *Introd.* al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 54; Duranton, t. VII, n. 7, 8; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 437).

424. — Soggiungiamo trovarsi il beneficio dello inventario concesso a tutti gli eredi ed a ciascuno di essi avverso tutti i eredi ereditari indistintamente, ed a *fortiori* avverso tutti i legatari (art. 774 ed 802 — 691 e 719).

A norma della ordinanza del 1563, articolo 16, gli eredi de' contabili non potevano invocare il beneficio dello inventario contro il re, pel motivo, dicevasi, che il re, il quale concedeva il beneficio medesimo, non dovevasi reputare concederlo a verso sè stesso ed applicavasi ciò con rigore siffatto che, quando tali eredi eransi dichiarati unicamente eredi beneficiati, venivano considerati eredi puri e semplici senza esser loro permesso, dice Lebrun, procacciarsi un mezzo di rinunzia: tal disposizione era stata pure estesa dalla giurisprudenza agli eredi de' commessi dei contabili ed a quelli de' ricevitori de' depositi: essa applicavasi nondimeno in ogni caso agli eredi di maggiore età (confr. Potliet, *Introd.* al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 55; Lacombe, v. *Erede*, n. 4; Lebrun, lib. III, cap. IV, n. 7, 8).

Ora non si rinviene alcuna eccezione simile, avendo il legislatore diversamente provveduto alla garanzia degli interessi dello Stato, mercè cauzioni da esso richieste e privilegi da lui stabiliti (red. art. 2098).

425.—Nondimeno è mestieri osservare che l'erede beneficiato è ancora oggidì tenuto verso lo Stato personalmente, e conseguentemente su' suoi beni particolari, al pagamento dei diritti di mutazione, salvo il suo regresso contro la eredità.

È ben vero essersi contestata dottrina oppugnata in due sensi affatto estremi:

Da alcuni, sostenendo che il beneficio dello inventario poteva opporsi all'amministrazione del registro, coeditrice de' diritti di mutazione, del pari che a tutti gli altri creditori (Bilhard, n. 161);

Da altri, sostenendo per contrario che non solo l'erede beneficiato doveva soddisfare i diritti medesimi con suo particolare danaro, ma che non poteva sperimentarne la ripetizione a verso la eredità (Devilleneuve, *Collez. nuova*, I, 4, 791, nota 1).

Ma nè l'una nè l'altra opinione ci sembra ben fondata.

Primieramente ambedue sono opposte al nostro antico diritto, sotto il cui impero l'erede beneficiato, il quale poteva venire astretto a pagare il centesimo danaro, aveva diritto, come dice Potliet, di collocarlo nel capitolo di esito, per essere ammesso (*Introd.* al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 50.)

E similmente debbono venire proscritte sotto l'impero del nostro novello diritto:

Sia in conformità del testo medesimo della

legge del 22 giaciale an. VII, il quale applicasi a tutti gli eredi, senza distinguere gli eredi puri e semplici dagli eredi beneficiati, (art. 27, 28, 29, 32);

Sia in conformità del ravvicinamento dei principi particolari di questa materia fiscale a' principi generali del diritto, da cui risulta da un lato che il debito de' diritti di mutazione è verso lo Stato il debito personale dell'erede (ved. il tomo II, n. 456, 457), e d'altro lato che questo debito nondimeno gravita in ultima analisi su la eredità per modo da potersi esigere, anche quando nessuno erede dimandi la eredità (confr. arresto C. cass. 29 germile anno XI, l'amm. del registro; 5 nevoso anno XIII; 28 ott. 1800; 2 feb. 1827; 7 lug. 1835, Dev., 1835, I, 292; 12 lug. 1836, Dev. 1836, I, 670; Merlin, *Rep.*, v. *Registrazione*, § 41, n. 2, e Quist. di Dir., v. *Dichiar. nell'officina di registr.*, § 2, n. 1; Champaignière e Rignaud, t. III, n. 2566-2567 e t. IV, n. 3879; Tambour, 287.)

426.—È una delle più celebri quistioni, come fin dal tempo suo affermava Henrys (I, l. p. 753), la quale non ha cessato mai di essere sommamente agitata, quella se il *de ejus* possa interdire al successore il beneficio dello inventario, ingiugnendogli di non distendere inventario ed accettare puramente e semplicemente.

Tal quistione può sorgere in due ipotesi:

1° Riguardo a' successori chiamati dalla legge, regolari o irregolari: osserviamo nondimeno che bisogna allora supporre che il *de ejus* abbia istituito un legatario, pel caso in cui il suo successore intestato non adempisse alla condizione da lui impostagli di non accettare col beneficio dello inventario; dappoichè diversamente il successore intestato potrebbe impunemente trasgredirla, tralasciando il testamento con la sua condizione ed accettando la eredità in forza della legge;

2° Riguardo al successore chiamato dalla volontà del *de ejus* in un testamento o in un contratto di matrimonio, siavi o pur no in tal caso surrogazione di un altro legatario pel caso in cui il legatario istituito sotto questa condizione la trasgredisse.

Un tempo le opinioni erano divergenti; parecchi opinavano per la validità di questo divieto; dappoichè colpiva, egliino affermavano, il privato interesse dell'erede. Inoltre invocavano, sia la legge 13 nel Codice, *Arbitrium tutelae*, § 4, a norma di cui il testatore può inibire al tutore, da lui destinato a' proprii fi-

gli per testamento, di distendere inventario: sia la regola consuetudinaria, a norma di cui l'erede, il quale accettasse col beneficio dello inventario, poteva venire escluso da un parente, eziandio di grado più remoto, il quale accettasse puramente e semplicemente: « Badiamo, diceva Bannelier, che il testatore faccia qui quello appunto che la legge, vogliam dire la massima consuetudinaria, fa tutto giorno; essa preferisce l'erede semplice all'erede beneficiario. Per quale ragione il testatore non potrebbe formare la sua disposizione su quella della legge? » (Sopra Davot, lib. III, tit. V, cap. XIX, n. 2; agg. Montvallon, cap. IV, art. 11).

L'opposto sentimento era non pertanto più generale, non solo nei paesi di diritto scritto, ma eziandio nei paesi consuetudinari, in cui consideravasi il beneficio dello inventario come una specie d'istituzione di diritto pubblico, ed in cui altronde il diritto di esclusione dell'erede beneficiario competente all'erede puro o semplice veniva, come ravvisammo (supra, n. 109), altamente riprovato dai giureconsulti, i quali trovavano poco equo il dirisamento del testatore che l'erede suo corresse l'alea di rovinarsi per onorare la memoria di lui (confr. Lehmann, lib. III, cap. IV, n. 5; Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, § 2; Furgole, cap. X, sez. III, n. 79; Henrys, *loc. supra*; Ferrière, su l'art. 312 della cons. di Parigi).

La contesa perdura tuttora; ed oggi vi vengono in campo tre opinioni:

A. La prima insegna che il divieto del beneficio dello inventario, riguardando effettivamente il privato interesse del successore, è sempre valido, sia che si tratti di un successore intestato, sia che trattisi di legatario o donatario universale o a titolo universale. Nondimeno essa eccettua due casi, cioè: 1° Quello in cui trattisi di erede riservatario; 2° Quello in cui trattisi di minore o interdetti, i quali, in conformità della legge, possono accettare unicamente col beneficio dello inventario (art. 6, 900—7, 816; confr. Delvincourt, t. II, p. 31, nota 3; Bihard, n. 30; Fouquet, *Enciclop. del Diritto*, v. *Benef. d'invent.*, n. 23; Rolland de Villargues, *Rep. del notariato*, v. *Benef. d'invent.*, n. 32; *D. Raz. alfab.*, v. *Success.*, n. 709).

Anzi frai propugnatori di siffatta opinione alcuni non ammettono tali eccezioni; (confr. Dnron, t. VII, n. 45; de Fremerville, *della Minore età*, II, 554).

B. La seconda opinione distingue il successore chiamato dalla legge dal successore chiamato dalla volontà dell'uomo: essa dichiara il divieto nullo riguardo all'uno e per contrario il dichiara valido riguardo all'altro (confr. Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 310; Bressolles, *Rivista di legist.*, t. XVII, p. 48 e seg.; agg. Ducanroy, Bonnier e Rnustaing, t. III, n. 563).

C. Finalmente, secondo la terza opinione, il divieto del beneficio dello inventario è sempre nullo, non solo riguardo al successore chiamato dalla legge, ma eziandio riguardo al successore chiamato dalla volontà dell'uomo.

Rispetto a noi, inchiniamo ad attenerci a questo ultimo partito.

E primieramente confessiamo appieno che il successore intestato non possa venir posto, per volontà del *de cuius*, nell'alternativa di un'accettazione pura e semplice o di una rinunzia; e, a parer nostro, neppure evvi luogo a distinguere i riservatarii da non riservatarii, nè i maggiori dai minori o interdetti. Di fatti la chiamata di tutti i successori indistintamente proviene loro dalla stessa legge: e la legge che la conferisce loro, attribuisce ad essi simultaneamente la facoltà di accettare col beneficio dello inventario o puramente e semplicemente. Non potrebbe appartenere al *de cuius* il modificare il carattere di questa chiamata legale. Indubitatamente avrebbe diritto, quando l'erede non sia riservatario, di privarlo della eredità; ma tosto ch'egli la lascia e lo erede la consegue *ex lege*, lo erede medesimo debbe conseguirla con la libera scelta della legge attribuitagli. L'argomento desunto in senso opposto dalla legge 13, § 4, nel Codice, *Arbitrium tutelae*, non è a parer nostro ben fondato; avvegnachè è attinto in una costituzione anteriore a quella onde Giustiniano introdusse il beneficio dello inventario; ed al certo quello imperatore mostravasi sommanente geloso del suo stabilimento, per modo che non potessi mai credere aver voluto permettere che la privata volontà del testatore vi derogasse! Indarno obiettesi avere il *de cuius* instituito un legatario universale estraneo pel caso in cui il suo successore intestato trasgredisse la condizione impostagli: rispondiamo esser questa una specie di clausola penale accessoria, la quale debbe venir dichiarata nulla, al pari del principale divieto, che essa ha unicamente per iscopo di rifermare (arg.

dall'art. 1227—1180). L'art. 900 non tornerebbe qui applicabile; dappoiché suppone, come appresso dimostreremo, che la condizione, da esso reputata non scritta, è stata imposta alla persona stessa, cui la liberalità si è fatta: or, nella nostra ipotesi, la condizione è stata imposta all'erede cui non si è fatta alcuna liberalità; e colui al quale si è fatta la liberalità non è stato per contrario sottoposto a veruna condizione (confr. *Inst. de legat.*, § 36).

Ora, relativamente al divieto del beneficio dello inventario, imposto dal testatore al legatario universale, la soluzione ci sembra dover essere la stessa, comunque non sapremmo disconvenire sentir qui l'animo nostro men fiducioso. In vero non possi forse sostenere in questo caso rigorosamente che al legatario universale proviene la chiamata propria dallo stesso testatore, o che può riceverla soltanto tal quale gli viene attribuita? È ben vero che, in conformità dell'articolo 900, nelle disposizioni a titolo gratuito, le condizioni impossibili o contrarie alle leggi o ai buoni costumi reputansi non scritte; ma, dirassi, che mai rinviensi d'impossibile, di contrario alle leggi ed ai buoni costumi, in siffatto divieto del beneficio dello inventario? Che altro mai dinota se non avere il testatore imposto al suo legatario l'obbligo di pagare tutti i debiti da lui lasciati, sia qualunque la somma cui possono ascendere? Or ciò riguarda l'interesse privato del legatario; e sarebbe possibile il conservare la eredità, violando la condizione sotto cui soltanto gli è stata lasciata, segnatamente quando un altro legatario, surrogato precisamente per tal caso, offrisse adempirla!

Gravissime son queste ragioni; ma non pertanto è mai vero esser decisive? Per qual ragione il divieto del beneficio dello inventario è nullo riguardo al successore chiamato dalla legge? Segnatamente perchè lo stabilimento del beneficio dello inventario mira, sotto alcuni rapporti, al pubblico interesse: or, se questo ne è il motivo, la soluzione debbe essere la stessa, relativamente al successore chiamato dalla volontà dell'uomo. Quando affermasi che il beneficio dello inventario riguarda il solo privato interesse del successore, ciò può essere ben fondato nel senso poco importare effettivamente allo interesse generale che, in questa specie particolare, il successore accetta col beneficio dello inventario o puramente e semplicemen-

te; ma ciò che torna importante al pubblico bene si è che, in tutti i casi, il successore possa liberamente prescegliere uno di tali partiti, o non si abbandoni ciecamente al caso, e forse! alle insidie di una pura o semplice accettazione: sotto un punto di veduto più elevato; quale stabilimento antiveggente, e, in certa guisa, tutelare, il beneficio dello inventario può venire riguardato come di ordine pubblico. Se tale era già la dottrina invalsa negli antichi paesi consuetudinarii, a fortiori tal dottrina debbesi ammettere sotto l'impero dell'imperante diritto, in cui l'accettazione col beneficio dello inventario non è l'oggetto di alcun disfavore. Potrebbe agguagliare che i giureconsulti, i quali un tempo ammettevano la validità del divieto del beneficio dello inventario, vi erano del pari indotti dallo spettacolo degli abusi e delle frodi che tutti vi si commettevano, ed i quali erano addivenuti, diceva Montvallon, un mezzo di tergiversare i creditori (loc. supra); or questo timore non potrebbe sussistere oggi.

Dunque concludiamo che il divieto medesimo dovrebbe reputare non scritto, eziandio riguardo al successore chiamato dalla volontà dell'uomo; e se non vogliasi giungere sino a tal punto, almeno converrebbe ammettere cotesta dottrina nel caso in cui il successore chiamato dalla volontà dell'uomo fosse minore o interdetto (confr. il t. II, n. 333; Chabot, art. 774, n. 15; art. 776, n. 41; Belost-Jolimont, *Osserv.* 4; Tambour, p. 273, 422, 438; Vazeille, art. 793, n. 2; Poujol, art. 793; ved. pure Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 156; Demante, t. III, n. 414 bis, 44).

127.—Si è quistionato, in senso affatto opposto, se il defunto potesse manifestare la volontà doversi dal suo successore godere i vantaggi del beneficio dello inventario, esonerandolo dall'obbligo di far distendere inventario.

Ma questa non forma quistione! lo inventario è la condizione essenziale e sine qua non del beneficio d'inventario (*infra*, n. 436; Chabot, art. 794, n. 8; Poujol, art. 794, n. 2; Bihard, n. 35; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 158; Tambour, p. 274; Bressolles, loc. supra, p. 54).

§ II.

Quali sono le condizioni e le formalità del beneficio dello inventario?

SOMMARIO.

- 128.—Due condizioni richieggonsi per farsi validamente l'accettazione.
 129.—A. È primariamente necessaria una dichiarazione dell'erede intendere assumere tal qualità col beneficio dello inventario.—In qual luogo debbesi fare?
 130.—Continuazione.
 131.—Che mai avverrebbe, se l'erede, dopo aver fatto in cancelleria la sua dichiarazione di accettazione col beneficio d' inventario, non facesse poscia distendere l'inventario?
 132.—Continuazione.—Quid, se il successibile avesse assunto, in un atto autentico o privato, la qualità di erede beneficiario?
 133.—La dichiarazione di accettazione col beneficio dello inventario è forse necessaria, quando la eredità sia aperta ad un minore o ad un interdetto?
 134.—La dichiarazione di accettazione col beneficio dello inventario può farsi per mezzo di procuratore.
 135.—B. È necessario distendersi l'inventario.
 136.—1° Della necessità dello inventario.—L'erede debbe forse preventivamente dimandare l'apposizione de' suggelli?
 137.—Quid, se il defunto non abbia lasciato alcun effetto mobile?
 138.—Quid, se si trovasse già disteso un inventario regolare o recente?
 139.—2° E mestieri che l'inventario sia fedele ed esatto.
 140.—È altresì necessario che sia regolare —A che compete la scelta del notaio?
 141.—È forse uopo chiamare alle inventario i creditori noti?
 142.—Il legatario universale il quale voglia accettare col beneficio dello inventario, è forse tenuto chiamare allo inventario gli eredi presuntivi, quando non abbiano diritto ad alcuna riserva?
 143.—Che mai converrebbe statuire se l'inventario non fosse regolare?
 144.—3° Finalmente è necessario che lo inventario si faccia entro i termini prefissi dalla legge.—Quali sono i termini medesimi.
 145.—Continuazione.—Secondo il progetto del Codice, la facoltà di distendere l'inventario sarebbe stata circoscritta al termine di un anno.—Questa disposizione non è stata ammessa.—Per qual ragione?
 146.—Continuazione.—Forse la facoltà di distendere l'inventario ed accettare col beneficio dello inventario non ha limite e perdura indefinitamente?
 147.—L'erede, il quale abbia fatto un atto di erede puro e semplice, ben si comprende trovarsi decaduto verso e contro tutti dalla facoltà di accettare col beneficio dello inventario.
 148.—Quid, allorchè siavi contro di lui una sentenza, la quale abbia acquistato forza di cosa giudicata, e lo condanni in qualità di erede puro e semplice.—Esposizione.
 149.—Continuazione.

150.—Continuazione.
 151.—Continuazione.
 151 bis.—Continuazione.
 152.—Continuazione. — Conclusione.

128. — Due condizioni o formalità richieggonsi per farsi validamente l'accettazione col beneficio dello inventario, cioè:

A. La dichiarazione dell'erede intendere assumere questa qualità col beneficio dello inventario ;

B. Lo inventario de' beni ereditarii.

Tali due condizioni sono sufficienti ; ma sono indispensabili (supra, n. 127; ed arretrato C. cass. 28 apr. 1810, Paté des Ormes, Dev., 1840, I, 821.)

129.—A. È primariamente, in conformità dell' art. 793 — 710:

« La dichiarazione di un erede il quale non « vuole assumere questa qualità che col be- « nefizio dell' inventario, deve essere fatta « nella cancelleria del tribunale civile di « prima istanza nel distretto in cui si è aperta « la successione, e deve essere iscritta nel « registro destinato a ricevere gli atti di ri- « nuncia. »

Laonde, a differenza dell'accettazione pura e semplice, la quale può essere espressa o tacita (art. 778 — 695), l'accettazione col beneficio dello inventario debbe sempre essere espressa: la ragione si è esser dessa, come la rinunzia, comunque indubitabilmente in molto minor grado, contraria alla legale presunzione, la quale sta sempre a pro dell'accettazione pura e semplice.

Il legislatore ha voluto da un lato che lo intendimento dell'erede di accettare col beneficio dello inventario venisse manifestato in modo preciso ; e d'altro lato che tal modo di accettazione, il quale può esercitare su'diritti de' terzi una considerevole influenza, venisse loro disvelato con lo stesso mezzo di pubblicità della rinunzia; allorchè possano prendere provvedimenti conservativi, richiedere, a cagion di esempio, l'apposizione de' suggelli, dimandar cauzione, formare opposizioni presso l'erede, ec. (art. 807, 808, 809, 820, 821 — 726, 727, 728, 739, 740.)

Ciò per altro non vuol dinotare che l'accettazione col beneficio dello inventario possa considerarsi qual rinunzia e se la dichiarazione dell'erede di volere accettare col beneficio dello inventario non viene iscritta sopra speciale registro, la ragione si è essersi diviso un registro unico essere sufficiente

per tutte le dichiarazioni di tal genere relative alle eredità e raggiungere anche con maggior sicurezza lo scopo di pubblicità dalla legge propostosi.

430. — Altronde la dichiarazione può farsi, sia prima, sia dopo essersi disteso inventario (art. 794 — 711), purchè, se facciasi prima, lo inventario venga disteso dappoi entro i termini prefissi dalla legge.

431. — Che mai avverrebbe, se l'erede, dopo aver fatto in cancelleria la sua dichiarazione di accettazione col beneficio dello inventario, non facesse dappoi distendere inventario?

Se avesse, in qual siasi modo, accettato puramente e semplicemente, non sorgerebbe dubbio alcuno! egli sarebbe puro e semplice erede.

Ma nel caso opposto avrebbe forse ancora diritto di rinunziare?

Non potrebbero così ragionare.

A norma dell'art. 794 questa dichiarazione produce effetto sol quando venga preceduta o susseguita da inventario: or si suppono una dichiarazione non preceduta nè seguita da inventario: dunque essa non produce effetto; e quindi l'erede, trovandosi nello stato medesimo che se nulla avesse praticato, può ancora rinunziare.

Ma ciò torna affatto inammissibile.

L'erede, mercè la sua dichiarazione, ha accettato: or l'accettazione, qualunque sia, è irrevocabile (ved. il tomo II, n. 348 bis). E ben vero aver dichiarato accettare col beneficio dello inventario; ma quale no è la conseguenza? si è aver egli diritto non di rinunziare, ma semplicemente dimandare i vantaggi dell'accettazione col beneficio dello inventario: or, per dimandare i vantaggi dell'accettazione col beneficio dell'inventario, è manifesto doverne adempiere le condizioni: dunque, se non le adempia, verrà considerato come erede puro e semplice; del pari che l'erede il quale, dopo avere adempito alle condizioni del beneficio dello inventario, le trasgredisce dappoi in guisa da rimanerne decaduto. Dunque l'art. 794, disponendo che la dichiarazione produce effetto sol quando sia preceduta o seguita da inventario, vuol dinotare soltanto sotto questa condizione poter essa assicurare all'erede i vantaggi dell'accettazione col beneficio dello inventario (confr. il t. II, num. 272; e Lebrun, lib. III, cap. IV, n. 42).

432. — Denante va anche più oltre; insegnando il dotto autore che :

« Colui il quale, in atto autentico o privato, avesse assunto la qualità di erede beneficiario, non avrebbe indubitabilmente così fatto pura e semplice accettazione, escludente il beneficio dello inventario, di cui per l'opposto ha manifestato lo intendimento di godere, e di cui effettivamente godrà, qualora ne adempia le condizioni. Ma qualora, non adempiendo tali condizioni, compresavi quella della dichiarazione in cancelleria, gli venga negato il beneficio, l'atto suo, a parer mio, sussisterà sempre per imprimergli il titolo di erede » (t. III, n. 146 bis; agg. Tambour, pag. 223, nota 1).

Siffatta soluzione ci pare oppugnabile; ed avvisiamo potersi sostenere l'erede non aver fatto in questo caso una pura e semplice accettazione, nè un'accettazione col beneficio dello inventario :

Non una pura e semplice accettazione in conformità dell'art. 778 — 693; avvegnachè l'accettazione pura e semplice trae la sua esistenza dalla volontà dell'erede di dichiararsi tale: or l'erede ha dichiarato per contrario volere essere erede beneficiario: dunque non potrebbero dividersi contro di lui, come affermava Lebrun (*loc. sup.*), « questa confessione e questa dichiarazione; » e siccome, soggiungeva, « qui l'obbliga la sola dichiarazione di erede, e si suppone non essersi menomamente immisschiato, così ne conseguita o non essere affatto erede, oppure esser tale quale si è dichiarato. » (ved. eziandio il tomo II, n. 361, 390).

Non un'accettazione col beneficio dello inventario; avvegnachè, a norma dell'art. 793 — 710, l'accettazione col beneficio dello inventario debbe esser fatta nella cancelleria del tribunale di prima istanza nel cui perimetro giurisdizionale si è aperta la successione; val dire che tal formalità dell'accettazione col beneficio dello inventario, pienamente singliante alla formalità della rinunzia, è, al pari di questa, sostanziale: dappoi, ben lungi dallo ammettere con Bilhard esser questa una condizione accessoria, la cui inadempimento costituisce un vizio inoffensivo ed una irregolarità piuttosto ideale che reale (n. 33), avvisiamo per l'opposto che ogni dichiarazione di accettazione col beneficio dello inventario fatta in luogo diverso dal registro tenuto nella cancelleria del tribunale nel cui perimetro giurisdizionale si è aperta la successione, sia in atto autentico o privato, sia in cancelleria di altro tribunale, ogni dichiarazione di tal

genere, diciamo, debbasi considerare non avvenuta (*supra*, n. 429; *confr.* Taulier, t. III, p. 202; Fouquet, *Enciclop. del Diritto*, v. *Benef. d'invent.*, n. 44; Tambour, p. 225).

E precisamente ciò differenzia l'attuale ipotesi dalla precedente (*supra*, n. 431); dappoichè in questa l'erede aveva fatto validamente un' accettazione col beneficio dello inventario, mentre qui non ne esiste alcuna al cospetto della legge.

433. — In conformità di una dottrina, di cui facemmo cenno (*vedi* il tomo II, n. 334), la dichiarazione di accettazione col beneficio dello inventario tornerebbe inutile, quando la eredità sia spettata ad un minore o ad un interdetto, i quali sono, dicesi, di pieno diritto eredi beneficiari (*confr.* *decis. C. di Angers* 11 ago. 1809, citata da Vazeille, articolo 793, n. 6; *arresto C. cass.* 40 mar. 1811, l'amm. del registro, *Dev.*, 1841, I, 522; *decis. C. di Rouen* 24 genn. 1845, *Bonnesseur*, *Dev.* 1846, II, 569; di Nîmes 21 luglio 1852 *Arliaud*, *Dev.*, 1853, II, 701; *arresto C. cass.* 41 dicem. 1854, *Chevallard*, *Dev.*, 1855, I, 277; Vazeille, articolo 793, numero 6; *Aulry e Rau sopra Zachariac*, t. V, p. 236).

Noi avvisiamo essere tal dottrina ben fondata sotto alcuni rapporti; ma ci pare essersi messa in campo sotto inesatta forma.

A parer nostro è mal fondato il sostenere essere inutile la dichiarazione di accettazione col beneficio dello inventario da parte del tutore dell'erede minore o interdetto:

4° Perchè il testo dell'art. 793 è generale e non distingue i naggiori da minori o interdetti; e cotesta generalità del testo è tanto più notevole in quanto che il tribun. di Metz, nelle sue osservazioni sul progetto, aveva dimandato esonerarsi i minori da cotesta dichiarazione; la qual cosa non si è praticata dal legislatore (Fenet, t. IV, p. 382);

2° Perchè la dichiarazione di accettazione col beneficio dello inventario interessa i terzi, su'diritti de' quali può esercitare molta influenza, ed il legislatore ha potuto con somma giustizia considerare esser sempre loro interesse il venirne avvertiti (*supra*, numero 129);

3° Finalmonte perchè effettivamente, in mancanza di tal dichiarazione, spesso potrebbe addivenire incerto se la eredità siasi o pur no accettata in nome del minore o dello interdetto; e siffatto inconveniente è tanto più notevole in quanto che la giurisprudenza, come ravviseremo, attribuisce effetti importan-

tissimi, ed eziandio, a parer nostro, effetti eccessivi all'accettazione col beneficio dello inventario fatta dal minore o dall'interdetto (*infra*, n. 470).

Dunque, per massima, tal dichiarazione debbe farsi sempre.

Ma in simil caso quali saranno le conseguenze della mancanza di dichiarazione?

Ne emergerà forse che il minore o l'interdetto potranno venir considerati eredi puri e semplici e condannati giudizialmente in questa qualità? non avvisiamo così; e precisamente sotto questo punto di veduta la dottrina testè esposta è, a parer nostro, ben fondata (*vedi* il t. II, *loc. supra*).

Ma altronde se tal mancanza di dichiarazione avesse arrecato, in qualsivoglia modo nocumento a' terzi, a' creditori, per esempio, della eredità, costoro potrebbero dimandare il risarcimento de' danni-interessi al tutore (*confr.* Tambour, p. 418).

434. — Torna indubitato la dichiarazione di accettazione col beneficio dello inventario potersi fare per mezzo di special procuratore: anzi abbiám ravvisato il mandato poter essere in privata scrittura (*supra*, n. 44; *vedi* nondimeno Fouquet, *Enciclop. del Diritto*, v. *Benef. d'invent.*, n. 46).

435. — B. La seconda condizione, riguardante l'inventario, richiedesi dall'art. 794 — 711 nel seguente modo:

« Questa dichiarazione non produce effetto « che quando è preceduta o susseguita da un « fedele ed esatto inventario de' beni dell'ere- « dità nelle forme regolate dalle leggi sopra la « procedura civile, e no' termini che verranno « stabiliti in appresso ».

Da ciò conseguita essere uopo:

1° Che venga disteso inventario;

2° Che lo inventario medesimo sia fedele, esatto e regolare;

3° Che si faccia entro i termini prefissi dalla legge.

Noi dobbiamo fare alcune osservazioni su questi tre punti.

436. — 1° È mestieri distendersi inventario: è questa, come già affermammo, una essenziale condizione; ed è manifesto non potersi essere beneficio d'inventario senza inventario (*Supra*, n. 427).

Ma l'erede debbe forse dappinna dimandare l'apposizione de' suggelli?

Dubbio era un tempo la soluzione di tal questione. Lebrun, invocando l'art. 428 della ordinanza del 1629, insegnava esser neces-

sario far apporre i suggelli innanzi dello inventario, precipuamente quando l'erede abitasse in casa del defunto (lib. III, cap. IV, n.° 16). Ma Pothier per l'opposto afferma che già al tempo suo quello articolo della ordinanza non era in uso (*delle Success.*, cap. III, sez. III, § 3; agg. Rodier *Quist. su l'ord. del 1667*, p. 100; Furgolo, cap. X, sez. III, n.° 23.)

Oggidì è indubitato che la legge non imponga all'erede siffatta obbligazione: l'art. 794 è pienamente silenzioso: anzi l'art. 810 — 729 suppone assai esplicitamente poter accadere non essersi apposti i suggelli. « Le spese de' sigilli, esso dichiara, se vennero apposti... » (Agg. art. 819 C. Nap. — 738, ed art. 923 C. di proc. — 1000.)

Il vero unico sì è essere in generale prudenza, da parte dell'erede, il dimandarne l'apposizione, per ovviare ad ogni sua responsabilità (confr. Toullier, t. II, n.° 363; Duranton, t. VII, n.° 23; Chabot, art. 794, n.° 7; Belnst-Jolimont, *Osserv.* 3; Tambour, p. 226; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 139.)

437. — Se il defunto non abbia lasciato alcun effetto mobile, basta il far distendere processo verbale di carenza (art. 924 C. pr. — 1001.)

Ma almeno il processo verbale medesimo è indispensabile per soddisfare, per quanto permettono le circostanze, alla condizione dello inventario richiesto dalla legge: ed i nostri a' otichi autori con sommo fondamento affermavano non poterne esimere l'erede la pubblica notorietà non avere il defunto lasciato mobili (Lebrun e Pothier, *loc. supra*; decisi. C. di Parigi 12 dic. 1833, Segur, *Dev.*, 1834, II, 482; confr. nondimeno arresto C. cass. 11 giugno 1844, *la Cassa ipot.*, *Dev.*, 1844, I, 531.)

438. — Appunto all'erede il quale voglia accettare col beneficio dello inventario la legge impone l'obbligo di distendere inventario: e, per massima, a sua diligenza dovrà distendersi. In vero l'erede medesimo debbe essere, riguardo agli interessi, personalmente responsabile delle irregolarità del pari che delle infedeltà, o delle inesattezze che potessero commettersi.

Non pertanto ciù che la legge innanzi tutto richiede si è il distendersi inventario: è questo il fine suo scopo; e, siccome è uopo non moltiplicare le spese senza necessità, affermava con somma ragionevolezza Lebrun (lib. III, cap. IV, n.° 11) e sarebbe irragionevole

astriogere l'erede a rinnovellare una operazione già seguita, così dobbiam inferirne:

4° Che lo inventario regolarmente fatto da uno de' coeredi gioverebbe a tutti gli altri (Lebrun, *loc. supra*, n.° 13; Chabot, art. 794, n.° 3; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 458; Massé e Vergé, t. II, p. 311.)

2° Che, se esistesse un regolare e recente inventario, fatto, sia ad istanza di un erede rinunziante, o di un curatore della eredità giacente, ovvero di un semplice erede apparente, sia dallo stesso *de cuius*, l'erede, il quale volesse accettarlo col beneficio dello inventario, potrebbe limitarsi a far distendere un processo verbale di ricognizione (Lebrun, *loc. supra*, n.° 13; Chabot, art. 794, n.° 2; Zachariae, Aubry e Rau; Massé e Vergé, *loc. supra*; Taulier, t. III, p. 253; Tambour, p. 230, 231; confr. nondimeno Fouquet, *Enciclop. del Dir.*, v. *Benef. d'invent.*, n.° 53).

439. — 2° È uopo che lo inventario sia fedele ed esatto:

Fedele; val dire che l'erede non commetta scientemente alcuna omissione, nè con maggior ragione alcuno occultamento o sottrazione; dappoichè, come abbiamo osservato, allora decaderebbe dal beneficio dello inventario e verrebbe dichiarato erede puro e semplice non ostante ogni rinunzia (art. 792, 801 — 709, 718; *vedi* il t. II, n.° 469 e seg.)

Esatto; val dire che, a prescindere da ogni fraudolenta omissione da parte dell'erede, è uopo che l'inventario comprenda in fatto tutti i mobili della eredità; ma essi unicamente (confr. arresto C. cass. 20 ag. 1845, Demay, *Dev.*, 1845, I, 854.)

La semplice inesattezza, ovvero, in altri termini, la omissione nello inventario per errore di uno o più effetti della eredità, che il defunto, per esempio, aveva prestati ad un terzo o depositi io qualche luogo, non potrebbe far decadere l'erede dal beneficio dello inventario; Pothier così insegnava (*delle Success.*, cap. III, sez. III, § 3, agg. Lebrun, lib. III, cap. IV, n.° 17); e cotesta soluzione, quanto unisona alla ragione ed alla equità, è parimente quella fermata dal Codice.

Gli oggetti omissi nello inventario sarebbero sempre al certo pegno de' creditori; e l'erede dovrebbe compiere lo inventario, aggiugnendovi gli oggetti inediti; ma non potrebbe esserne responsabile su' propri beni (arg. dagli art. 792 ed 801 — 709 e 718; confr. il tmo II, n.° 474; arresto C. cass. 11 mag. 1825, Sovvie, Sirey, 1826, I, 54; Do-

mante, t. III, n. 406 bis, II; Tambour, p. 231.)

440. — È uopo altresì che lo inventario sia regolare: «... nelle forme regolate dalle leggi sopra la procedura, » dichiara l'art. 794 (ved. gli art. 942, 943, 944 C. pr. — 4018, 1019, 1020.)

Dunque un inventario privato ed all'amichevole sarebbe insufficiente; debbe venir disteso da persona pubblica, come affermavano i nostri maggiori, val dire oggidì da un notaio (confr. decis. C. di Caen 21 lug. 1847, *G. dei F.*, 1847, t. II, p. 40; arresto C. cass. 30 apr. 1849, *G. del F.*, 1849, t. II, p. 461; Jocotillon, *Rivista di legist.*, 1854, t. II, pag. 209.)

La scelta del notaio compete in generale all'erede il quale voglia accettare col beneficio dell'inventario e cui la legge impone tale obbligazione.

La destinazione di questo pubblico ufficiale dovrebbe fare dal tribunale sol quando vi fossero più eredi i quali non si trovassero di accordo; ad allora farebbe cosa naturale che il tribunale preseguesse uno de' notai indicati dalle parti, e specialmente quello additato congiuntamente dalle parti le quali riunissero l'interesse più considerevole (decis. C. di Torino 14 ag. 1809, Borsarelli, *Sirey*, 1810, II, 229; ved. nondimeno decis. C. di Parigi 28 ott. 1808, Folignier, *Sirey*, 1809, II, 38; Duranton, t. VII, n. 24, nota 1).

441. — E forse necessario chiamare a tale operazione i creditori noti?

Nel nostro antico diritto questo punto non trovavasi pienamente assodato.

Lebrun avvisava per l'affermativa (lib. III, cap. IV, n. 21).

Furgole opinava per la negativa (cap. X, sez. III, n. 21).

E Pothier, distinguendo i creditori oppo- nenti dai creditori non opposenti, insegnava doversi chiamare i primi e gli altri no (*delle Success.*, cap. III, sez. III, § 3).

Precisamente tal distinzione sembra essersi adottata dal nostro legislatore.

E ben vero che a' creditori della eredità torna estraneo il disposto con l'art. 942 C. pr., il quale determina le persone in presenza di cui debbe farsi l'inventario; dalle quali cose si è inferito non doversi esser chiamati (confr. decis. C. di Amiens, 25 feb. 1809, Lacroix, *Sirey*, 1810, II, 90 Pigeau, *Proc. civ.* p. 597).

Ma da un lato gli art. 820 ed 824 C. Nap. — 739 e 740 permettono a' creditori di richieder l'apposizione de' suggelli e formarvi oppo-

sizione, quando siensi apposti; e d'altro lato, in conformità dell'art. 931 C. pr. — 1008, gli opposenti debbono venir chiamati alla rimozione de' suggelli, la quale, a norma dell'art. 937 — 1013 dello stesso Codice, debbe aver luogo a misura che venga disteso inventario: dalle quali cose indirettamente risulta, per gli opposenti, il diritto di esser presenti allo inventario (confr. Merlin, *Rep. v. Invent.*, § 4, n. 6; Berriat St. Prix, p. 602, nota 4, n. 2; Carré e Chauveau della *Proc.* n. 3142; Favard, *Rep. v. Invent.*, § 1, n. 2; Tambour, p. 228):

442. — La corte di cassazione ha statuito che il legatario universale, il quale voglia accettare col beneficio dello inventario, non è tenuto, sotto pena di decadenza, di chiamare allo inventario gli eredi presuntivi, quando non abbiano diritto a veruna riserva (Arresto C. cass. 16 genn. 1839 Forssé, *Dev.*, 1839, I, 264).

Tal modo di decidere ci sembra ben fondato:

1° Perché, se l'art. 942 richiede, per regola generale, che l'erede presuntivo sia presente allo inventario, il richiede affinché l'erede medesimo possa vigilare alla garanzia de' diritti successorii che è chiamato a consegnare: or precisamente l'erede non riservatario non è chiamato a conseguire alcun diritto, quando siavi un legatario universale (arg. dagli art. 1006, 1008 — 932, 934; ved. nondimeno decis. C. di Limoges 3 genn. 1820, Borde, *Sirey*, 1821, II, 21);

2° Perché, in tutti i casi, non potrebbesi allora pronunziare avverso il legatario universale la decadenza dal beneficio dello inventario, non istabilita in verun luogo delle leggi, e la quale non sarebbe menomamente giustificata. Di fatti che mai importa a' creditori della eredità ed a' legatarii particolari che l'erede presuntivo non sia stato chiamato? il suo interesse è loro estraneo; e tosto che l'inventario è fedele, esatto e regolare, non potrebbero essi pretendere aver diritto di agire contro l'erede ultra vires (confr. Duranton, t. VIII n. 24, p. 59 nota 1; Devilleneuve, loc. supra nota).

443. — Che mai converrebbe statuire, se lo inventario non fosse regolare?

Chabot ha risposto che « la inosservanza delle formalità imposte dall'art. 943 C. pr. — 1019 farebbe decadere l'erede dal beneficio dell'inventario » (art. 794, n. 5 — 877); e cotesta dottrina venne pure sancita dalla Cor-

te di Limoges con la su riferita decisione (supra, n. 142).

In quanto a noi, non decideremmo così, segnatamente in questi assoluti termini.

Primieramente vi sarebbe luogo a disaminare se la irregolarità commessa debba produrre la nullità dello inventario; e, nel silenzio della legge su questo punto, converrebbe distinguere le formalità sostanziali da quelle che non hanno tal carattere.

Ma, ammettendo pure che la irregolarità fosse tale da dovere lo inventario venir dichiarato nullo, non crediamo dover l'erede essere dichiarato, per tal circostanza, decaduto dal beneficio dello inventario, se altronde non gli si accagionasse alcuna frode. Di fatti le decadenze sono di diritto; e debbono applicarsi in forza di un testo di legge, il quale le stabilisca o almeno di necessità le supponga: or qui non rinviasi alcun testo simile. Dunque tutto ciò che emergerà dalla nullità dello inventario si è che l'erede dovrà ricominciare, pagando personalmente le spese del primo, ed anche salvo il suo regresso, so vi sia luogo, contro il notaio (confr. Vazeille, art. 794, n. 8; Domante, tomo III, n. 116 bis. II; Fouquet, *Enciclop. del Diritto*, v. *Benef. d'invent.*, n. 39; Tambour, pag. 230).

141. — 3° Finalmente abbiamo detto essere mestieri che lo inventario si faccia ne' termini stabiliti dalla legge (art. 794 — 711; ved. art. 928 C. pr. — 1005; Fouquet, *Enciclop. del Diritto*, v. *Benef. d'invent.*, numero 37).

Forse l'inventario debbe farsi nel termine di tre mesi o quaranta giorni stabilito con gli art. 795 e seg. — 712?

Sì, nel senso poter l'erede venire astretto ad assumere qualità, dopo trascorso questo duplice termine concedutogli precisamente per distendere inventario e deliberare;

No, nel senso che, anche dopo decorso il termine medesimo, l'erede può sempre distendere lo inventario, pel corso di un trentennio, sino a quando le cose rimarranno nella loro integrità (ved. il tomo II, numero 297).

E in'e appunto è la disposizione dell'articolo 800 — 717:

« L'erede benchè sieno scorsi i termini accordati dall'art. 795, e quelli concessi dal giudice in conformità dell'art. 798, ha nondimeno la facoltà di fare l'inventario, e di qualificarsi erede beneficiario, quando non

« abbia esercitato d'altronde verun atto proprio di erede, o se non vi sia contro di lui qualche sentenza passata in giudicato, la quale lo condanni nella qualità di erede puro e semplice (agg. art. 174 C. pr. — 268).

145. — E ben vero che il predetto articolo 800, tal quale erasi proposto dalla sezione di legislazione, conteneva inoltre una ultima disposizione così conceputa:

« Ma questa facoltà non estendesi oltre un anno, a computare dal giorno del trascorrimento de' termini: l'erede può poscia accettare puramente e semplicemente o rinunciare » (Loché, *Legisl. civ.*, tomo X, pag. 415).

E non potrebbesi disconoscere il valore delle considerazioni su cui gli autori del progetto fondavansi per circoscrivere quindi al termine di un anno la facoltà di distendere inventario, ad obbietto di potere accettare col beneficio dello inventario: di fatti è manifesto offrir lo inventario tanto minor garanzia quanto maggior tempo sarà trascorso dopo l'apertura della successione: era questa precisamente la osservazione fatta dal tribunal di Cassazione (Fenet, t. II, p. 568).

Laonde Giustiniano, fondatore del beneficio medesimo, aveva limitato a tre mesi ovvero un anno, secondo le circostanze, il termine conceduto all'erede per distendere inventario (L. XLII, § 2, 3, *Cod. de Jura deliber.*).

Non pertanto siffatta idea di un termine, in cui lo inventario dovrebbe essere necessariamente disteso, non erasi ammessa un tempo in Francia, eziandio nelle province di diritto scritto; e se, nelle province consuetudinarie, le lettere di beneficio d'inventario dovevano impetrarsi nel termine di un anno, giusto una usanza, di cui la su riferita disposizione del progetto del Codice sembrava una reminiscenza, è uopo aggiungere che il termine medesimo nulla racchiudeva di perentorio e tornare sommamente agevole al erede, il quale avealo lasciato trascorrere, venir rilevato da cotesta pretesa decadenza mercè clausola inserita all'obbietto nelle regie lettere.

Dunque in generale l'erede poteva far distendere inventario nel periodo del trentennio dopo ammesso al beneficio dello inventario (confr. Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, § 3; Despeisses, *Success.*, t. I, sez. II, n. 32; Merlin, *Rep.*, v. *Benef. d'invent.*, n. 3; ved. nondimeno Ferrière, *Diz.*, *eod.* verb.),

Gli autori del nostro Codice han fermato su tal punto la nostra antica giurisprudenza; e pel motivo che in molti casi sarebbe troppo rigoroso privare l'erede del beneficio d'inventario dopo il termine di un anno, hanno tolto via la disposizione la quale, nel progetto, formava l'ultimo comma dell'art. 800 (Loché, loc. supra, p. 116).

146.—Ma dal non andare la facoltà di distendere inventario ed accettare col beneficio dello inventario circoscritta al termine di un anno non è da inferire, come parecchi han fatto, non aver limite ed indefinitamente perdurare!

Per contrario abbiamo già dimostrato andare essa sottoposta all'applicazione dell'art. 789 e quindi potersi sperimentare unicamente nel trentennio dal dì dell'apertura della successione (ved. il t. II, n. 317).

147.—Ed altresì l'erede può forse, anche prima di trascorrere il trentennio medesimo, trovarsi decaduto dalla facoltà di distendere inventario e dichiararsi erede beneficiario?

Di fatti l'art. 800 gli riserva tal facoltà quando non abbia esercitato d'altronde verun atto proprio di erede; o se non vi sia contro di lui qualche sentenza passata in giudicato, la quale lo condannasse nella qualità di erede puro e semplice.

Torna manifestato non aver l'erede facoltà di accettare col beneficio dello inventario, quando abbia fatto atto di erede, val dire quando abbia puramente e semplicemente accettato: l'accettazione pura e semplice può seguirsi dopo l'accettazione col beneficio dello inventario del pari che dopo la rinunzia: quindi addiviene indubitato nel primo caso aver perduto la predetta facoltà verso e contro tutti (ved. il t. II, n. 362ter).

148. Ma è a dire lo stesso nel secondo caso?

In altri termini l'erede rimane forse decaduto, verso e contro tutti, dalla facoltà di accettare col beneficio dello inventario, quando siavi contro di lui una sentenza la quale abbia acquistato forza di cosa giudicata, e lo condannasse in qualità di erede puro e semplice?

Ovvero per contrario ne rimane decaduto solo riguardo alla parte che abbia ottenuto contro di lui la sentenza medesima?

Poche quistioni sono state più controvertite di questa.

Rispetto a noi, avvisiamo che la sentenza in tal caso, come in tutti gli altri, ha effetto,

in norma del diritto comune, soltanto rigiungendo alle parti fra cui è stata proferita (articolo 1351—1305).

Ma, innanzi di dimostrare cotesto sistema, o piuttosto per viemeglio dimostrarlo, è necessario primamente passare a rassegna gli altri sistemi messi in campo.

Tutti questi sistemi prendono le mosse comunemente da un argomento desunto dal testo dell'art. 800, il quale, sostienesi, ponendo allo stesso livello l'atto di erede e la sentenza, attribuisce così ad entrambi una forza parimente assoluta.

Ma dappoi profondamente si scindono sul punto in quali casi e sotto quali condizioni la sentenza dovrà avere la stessa forza dell'atto di erede; e vengono qui in campo quattro diversi sistemi.

149. — A. Il primo insegna ogni sentenza, in qualsiasi modo emessa, in contraddizione o in contumacia, appellabile o inappellabile, la quale abbia condannato il successibile, come erede, equivalere ad atto di erede, appena addivenuta irrevocabile la condanna.

I suoi tre precipui motivi poggiano:

1° Su la indivisibilità della qualità di erede puro e semplice, la quale non permette, dicesi, applicarsi alla subbietta materia la regola fermata dall'art. 1351;

2° Su la natura del quasi-contratto formatosi tra le parti, per effetto della istanza giudiziale, e da cui si fa emergere, in certa guisa, un atto volontario di accettazione;

3° Su' gravi inconvenienti cui vassi incontro nel riporre ad ogni istante in quistione, con molti indugii e dispendii, ciò che sinistruo da' magistrati, dietro coscienza di sanima, tanto più che le pruove, le quali formano avevano il proprio convincimento, avrebbero potuto sparire col tempo (confr. decis. C. di Rouen 26 pratile anno XIII, Dev. e Car., Collez. nuova 2, II, 63; di Brusselle 9 dicembre 1815; Dervitte, citata da Merlin, loc. infra, di Douai 29 lug. 1816, Gilliard, Sirey, 1817, II, 63; di Riom 10 genn. 1820 e 18 apr. 1825, Dev. e Car., Collez. nuova 6, II, 182; 8, II, 63; Maleville, t. II, p. 261 e seg., Merlin, Rep., v. Success., sez. 1, § 5, n.° 4, e Quest. di Diritto, v. Erede, § 8; Vazeille, art. 800, n.° 2; Zachariæ, Massé e Vergé, t. II, p. 311; Taulier, t. III, p. 336 e seg.; Malpel, n.° 494; Coulon, Quist. di Dir., t. I, dial. 23; Goubeau de la Billenerie, Trattato delle eccez., p. 238; Boncenne, t. III, p. 330 e seg.)

Ma primieramente è indubitato non ostar qui la indivisibilità del titolo di erede all'applicazione dell'art. 1351. In vero dall'essere indivisibile la qualità conseguita non potersi attribuire o negare parzialmente; ma non ne conseguita menomamente non potersi attribuire rispetto agli uni e negare rispetto agli altri: laonde la indivisibilità dello stato delle persone non impedisce che i giudicati relativi ad una quistione di stato abbiano forza soltanto fra coloro i quali furono parti o chiamati nel giudizio (art. 400 — 403; ved. il nostro *Trattato della paternità e della filiazione*, t. V, n. 307 e seg.): a dir vero, se la stessa qualità è indivisibile, i diritti e le obbligazioni che ne discendono sono altamente suscettivi di divisione; e ciò basta per l'applicazione dell'art. 1351. Se tale argomento fosse ben fondato, converrebbe sostenere altresì che la sentenza, onde si è statuito, riguardo ad un creditore, aver l'erede rinunciato, potrebbe venire opposta a tutti gli altri interessati, anche quando dimandassero dimostrare aver l'erede per contrario accettato innanzi di rinunciare: or non si giugne, non si osa giugnere sino a tal segno! dunque l'argomento desunto dalla indivisibilità del titolo di erede è mal fondato; dappoichè se fosse ben fondato dovrebbe di necessità produrre la stessa conseguenza in ambedue i casi.

Laonde Merlin, il quale insegna il sistema da noi oppugnato, non ha voluto desumere alcun mezzo da tale pretesa indivisibilità: il mezzo di cui si vale il chiarissimo giureconsulto si è quello desunto dal contratto giudiziale; ma quest' secondo mezzo, comunque sembrato convincente a Merlin, non è meglio fondato a parer nostro. Tutto ciò che emerge, nelle nostre odierne istituzioni, dall'antica formula *judicis quasi contrahimus* si è che i contendenti sono in obbligo sommettersi alla decisione del magistrato, ma non al certo aderire volontariamente alla pretensione del loro avversario! or nessuno può essere erede senza aver voluto esserlo: tanto affermava Pothier precisamente per dimostrare che il successibile, condannato in qualità di erede verso un creditore o un legatario, non diviene, egli diceva, per tal circostanza, erede riguardo agli altri creditori o legatari (*delle Success.*, cap. III, sez. V.)

E, circa gl'inconvenienti della molteplicità ed anziando della possibile contrarietà de' giudicati da ottenere, siffatta obbiezione nulla

offre di particolare alla nostra ipotesi: essa potrebbesi fare in tutti i casi; e non pertanto essa non è stata di remora al legislatore: la ragione si è che gl'inconvenienti e le ingiustizie sarebbero stati anche più gravi nell'opposto sistema! ebbi non iscorge quanto tornerebbe periglioso ed iniquo il dichiarare il successibile erede puro e semplice verso e contro tutti, per effetto di sentenza emessa, pel più modico credito, inappellabilmente da un magistrato inferiore; forse anche in contumacia, e senza avere il successibile adoperato tutta la possibile attenzione in cotesta discussione, in cui la sua qualità di erede trovavasi impegnata accessoriamente ad un minimo credito!

Dunque i mezzi invocati da questo primo sistema non potrebbero sorreggerlo. Soggiungiamo trovarsi inoltre eliminato da altri decisivi mezzi.

Il modo onde esso interpreta l'art. 800 vuol di fatti dinotare in ultima analisi essersi con l'articolo medesimo statuito intorno ad una quistione di accettazione pura e semplice: or due argomenti dimostrano per contrario non essere stato questo pienamente l'intendimento del legislatore:

Da un lato, se il legislatore avesse voluto rinnovare, relativamente ad una sentenza emessa contro l'erede, una quistione di accettazione, l'avrebbe rimossa non già nella sezione del *benefizio dello inventario*, dove non sarebbe stato luogo proprio, ma nella sezione dell'*accettazione*, dove sarebbe stato luogo davvero proprio; e tanto precisamente, aveva dapprima praticato nell'art. 87 del progetto, così conceputo:

« Colui avverso il quale il creditore della eredità abbia ottenuto sentenza in contraddizione passata in giudicato, la quale lo condanni come erede, reputasi avere accettato in eredità.

« Se la sentenza passata in giudicato si sia emessa in contumacia, la condanna ottenuta da un solo creditore non giova agli altri. » (Fenet, t. II, p. 159.)

Ma la sezione di legislazione eliminò siffatto mutamento; ed aveva anche espressamente proposto, per proscriverlo, l'art. 67 così conceputo:

« Colui contro il quale il creditore abbia ottenuto sentenza, eziandio in contraddizione, passata in giudicato, la quale lo condanni come erede, reputasi erede in forza della sentenza medesima soltanto riguardo

« al creditore che l'abbia ottenuta. » (Fenet, t. XII, p. 39.)

Cotesto articolo non venne ammesso pel motivo che la regola generale, da fermarsi con l'art. 1351, sarebbe sufficiente; ma siffatto cenno storico dimostra sempre che nella sezione dell'accettazione o non già nella sezione del beneficio dell'inventario i compilatori del Codice hanno impresso a trattare della quistione se la condanna del successibile in qualità di erede equivallesse ad un atto di accettazione.

E, d'altro lato, da questo medesimo cenno storico discende del pari la prova che nell'art. 800 i compilatori del Codice non intesero assimilare la sentenza all'atto di erede. In vero il su riferito art. 67, onde la sezione di legislazione espressamente circoscriveva lo effetto della sentenza alla parte che l'aveva ottenuta, rinvenivasi nel progetto simultaneamente all'art. 88, il quale racchiudeva una disposizione affatto simigliante a quella contenuta oggidì nell'art. 800 (Fenet, t. XII, p. 39 e 51); or è manifesto che i compilatori, i quali avevano statuito nell'art. 67 aver la sentenza soltanto effetto relativo, non potettero volere statuire nell'art. 88, esistente nello stesso progetto, aver la sentenza assoluto effetto!

450. — B. Il secondo sistema consiste nel distinguere le sentenze emesse, sia in contumacia, sia in prima istanza, le quali, non impugnate con opposizione o appello, sieno quindi *passate*, *dicesi*, in *giudicato*, dalle sentenze emesse, sia in contraddizione ed in ultima istanza, sia dietro opposizione o appello, quando la sentenza fosse pronunziata in contumacia o in prima istanza. Nel solo primo caso, secondo questo sistema, lo effetto della sentenza è assoluto; e si esclude la obiezione desunta dall'art. 1451, sostenendo che se il successibile è erede puro e semplice, rispetto a tutti, lo è non per effetto della sentenza che l'abbia condannato in questa qualità, ma per effetto della propria volontà, emergente dall'adesione da lui prestata alla sentenza medesima, non impugnandola coi gravami di opposizione o appello a lui concessi (confr. dees. C. di Montpellier 1° luglio 1828, Gondal, Sirey, 1829, II, 145; Marcadé, art. 800, Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, 311.)

Indubitatamente è ingegnoso siffatta distinzione; anzi è mestieri soggiugnere essersi messa in campo nella discussione in Consiglio

di Stato da Murair (Fenet, tit. XII, p. 41).

Ma noi la consideriamo del pari inaccettabile:

1° In vero essa merita dapprima la stessa censura da noi fatta or ora al primo sistema; val dire che essa compiutamente snatura l'oggetto e lo scopo dell'art. 800, facendogli risolvere una quistione della quale non tratta, una quistione di pura e semplice accettazione (*supra*, n. 449).

2° Altronde tal distinzione offre veramente di riprovevole lo attribuire alla sentenza un effetto assoluto precisamente nel caso in cui avrebbe dovuto avere un effetto relativo, a credere di quegli stessi compilatori del Codice, i quali proponevano ammettersi nella subbietta materia una eccezione all'art. 1351: di fatti osservammo che i compilatori, temendo gli abusi e le frodi cui possono dar luogo le sentenze contumaciali (Fenet, t. XII, p. 40), consentivano a ravvisare un effetto assoluto nella sola sentenza in *contraddizione* (art. 67 del progetto, *supra*, n. 449): or, in conformità della proposta distinzione, cotesto assoluto effetto per contrario competerebbe alla sola sentenza in *contumacia*! (Ved. a-tresi cons. di Nivernese, tit. XXXIV, art. 27; di Borbone, art. 326).

3° La espressione *sentenza passata in giudicato*, adoperata nell'art. 800, nello scientifico linguaggio non ha il senso circoscritto che la distinzione medesima pretende darle. Tutto l'opposto! in generale la predetta espressione dinota ogni sentenza, in qualunque modo emessa, non suscettiva di venire riformata per le vie legali (confr. ord. del 1667, tit. VII, nrt. 5; l'art. 87 del progetto) *supra* n. 449; articolo 1262; 1263, 2056 e 2064 — 1215, 1216, 1928 e 1935: Pigeon, della *Proced. civ.*, tomo I, pag. 161.

Se cotesta formola dinota talvolta le sole sentenze contumaciali o appellabili, ciò avviene per eccezione, e quando la *sentenza passata in giudicato* si contrapponga per antitesi, alla *sentenza inappellabile* (confr. articolo 2157, 2215 — 2051, 2121).

4° Da ultimo i veri principii osteggiano, al pari delle espressioni della legge, la suggerita distinzione; avvegnachè l'adesione, da cui argomentasi, e la quale discende, *dicesi*, dallo aver l'erede lasciato trascorrere i termini di opposizione o appello, non potrebbe produrre un effetto maggior di quello che la stessa sentenza è suscettiva di produrre; e conseguentemente ha un semplice effetto re-

lativo al pari della sentenza cui si adagia, e che essa rende semplicemente irrevocabile. E questo il comune diritto in tutte le altre materie, diritto fondato su la ragione, e dal quale non erri motivo alcuno di qui dipartirsi: tanto più che la mancanza di opposizione o appello non implica al certo di necessità, da parte del successibile, lo intendimento di essere erede puro e semplice rispetto a tutti: non ha forse potuto, atteso la modicità od altra circostanza, non voler prolungare la discussione, riserbandosi altronde difendersi verso ogni altro, se venisse novellamente molestato! (confr. Pothier, *delle Obblig.*, parte IV, cap. IV, sez. III, n. 3 e 4).

451. — C. Altra distinzione viene suggerita da un terzo sistema fra la ipotesi in cui la discussione, su la quale si è profferita la sentenza, avesse per precipuo e diretto obbietto la questione se l'erede avesse fatto un atto di pura e semplice accettazione, e la ipotesi in cui la discussione avesse per obbietto una pretesione mossa in campo da un ereditore della eredità avverso l'erede, senza esservi agitata la questione di accettazione.

Ma ciò che costituisce, innanzi tutto, un argomento efficacissimo avverso lo stesso principio di tal distinzione, si è aver fatto sorgere due opinioni, le quali ne desumono, ciascuna da parte sua, conseguenze diametralmente opposte:

Laonde, mentre alcuni pretendono che la sentenza dovrà aver assoluto effetto nella sola prima ipotesi, val dire quando direttamente statuirà aver l'erede fatto un atto di pura e semplice accettazione (confr. arresto C. cass. 21 marzo 1812, Kénou, Sirey, 1812, I, 325; decis. C. di Montpellier 1° luglio 1828, Gondal, Sirey, 1829, II, 118; di Tolosa 25 luglio 1828, de Lordat, Sirey, 1829, II, 293; Favard, *Rep.*, v. Eccezione, § 4, n. 2; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 800, *Osserv.* 2; Jocotot, *Rivista di legisl.*, 1851, tomo II, p. 208);

Per contrario altri insegnano dover lo effetto della sentenza essere assoluto nella sola seconda ipotesi, val dire quando avrà condannato il successibile come erede puro e semplice solo implicitamente, e per essere rimasto silenzioso (confr. Mouton, *Ripet. scrit.*, t. II, p. 114).

Ma noi avvisiamo nè gli uni nè gli altri apporsi al vero.

Innanzitutto debbe prescriversi la prima opinione a parer nostro:

1° Di fatti la ipotesi cui essa applica l'articolo 800 non è quella contemplata dall'articolo medesimo: se, nella discussione, taluni consiglieri di Stato parvero divisare contemplar quello articolo il caso in cui la discussione versasse su la qualità di erede (Fenet, t. XII, p. 44), dalla medesima discussione, e segnatamente da termini dell'articolo in esame, attinto nelle opere di Pothier (*supra*), il quale mirava al solo caso in cui il successibile, condannato come erede puro e semplice, non avesse assunto veruna qualità, risultava, affermiamo, risguardar l'art. 800 unicamente questa ultima ipotesi.

2° Altronde non sarebbe logico, nè ragionevole prescegliere, per attribuire un assoluto effetto alla sentenza, la ipotesi stessa in cui l'erede abbia positivamente sostenuto non aver fatto atto di erede puro e semplice.

E, circa la seconda opinione, abbiamo dimostrato e dimostreremo ancora non doversi accogliere. Il nostro onorevole collega Mourlon la poggia sul motivo che l'erede, il quale abbia sostenuto un giudizio relativo agl'interessi della eredità, aveva quindi fatto atto di erede, e, se allora diveniva erede puro e semplice, il diveniva per effetto della cosa giudicata, ma per fatto proprio, per fatto della sua accettazione. In quanto a noi, crediamo pure poter l'erede, secondo i casi, far atto di erede puro e semplice, sostenendo un giudizio relativo agl'interessi della eredità (*vedi* il tomo II, n. 460 bis); ma ad evidenza non è questa la questione che l'art. 800 ha inteso risolvere; e, tutto l'opposto! quello articolo mira alla ipotesi in cui il successibile, condannato in qualità di erede puro e semplice, non avesse fatto, in occasione della discussione medesima, un atto di erede: la prova ne è:

1° Che esso non istituisce, come già affermammo, sopra una questione di accettazione (*supra*, n. 449);

2° Che il testo così inteso conterrebbe un flagrante pleonismo; dappoichè, secondo la espressione, *quando non abbia esercitato d'altronde verun atto proprio di erede*, avrebbe espresso assolutamente la stessa idea, se fosse vero aver supposto il caso in cui, sostenendo il giudizio, il successibile avesse fatto atto di erede.

451 bis. — D. Finalmente nel quarto sistema consiste nel sostenere il successibile, coavenuto in giudizio da un creditore, dopo decorsi i termini per distendere inventario e

deliberare, e condannato verso di lui, non potendo opporre la eccezione dilatoria, docedere, eziandio riguardo a tutti gli altri eredi, dalla facoltà di accettare col beneficio dello inventario, ma non aver perduto, rimpetto a costoro, la facoltà da rinunziare.

In somma la sentenza di condanna avrebbe effetto assoluto, ma nel senso unico di togliere la facoltà di accettare col beneficio dello inventario, di cui formerebbe l'antimurale verso e contro tutti.

Cotesta interpretazione, da Maleville presentata (t. II, p. 270), è stata svolta dal nostro dotto amico Valette con quella logica chiarezza che lo distingue (ved. *Rivista straniera e francese*, t. IX, p. 257 e seg.).

Essa è precipuamente fondata su la circostanza che l'art. 800, nel progetto presentato dalla sezione di legislazione, racchiudeva una final disposizione così concepita:

« Ma questa facoltà (di accettare col beneficio dello inventario), non estendesi oltre l'anno a computare dal trascorrimento dei termini: l'erede può di poi soltanto accettare puramente e semplicemente ovvero rinunziare » (*supra*, n. 445);

Or, sostiensì, a norma di tal compilazione, il senso dell'articolo era il seguente: che, per regola generale, la facoltà di accettare col beneficio dello inventario, perdurava un anno, e che potevasi anche perdere, prima di decorrere il termine medesimo, quando il successibile avesse fatto atto di erede, o quando fosse stato condannato in qualità di erede puro e semplice: è ben vero essersi tolta via la disposizione, la quale circoscriveva ad un anno la facoltà di accettare col beneficio dello inventario: ma i due fatti, i quali servivano anche di limite allo esercizio di questa facoltà, vennero mantenuti come tali;

Dunque cotesti due fatti, costituiscono ancora oggidì, a norma dell'art. 800, un limite alla facoltà di accettare col beneficio dello inventario, verso e contro tutti.

Nè auct sapremmo ammettere siffatto sistema, il quale ci sembra ostile simultaneamente allo stesso testo invocato, allo intendimento de' compilatori del Codice ed a' veri principii:

Ostile al testo dappprima, e sotto un duplice punto di veduta: 1° perchè le parole della final disposizione tolta via l'erede può di poi soltanto accettare puramente e semplicemente ovvero rinunziare, ad evidenza riferivansi secondo la grammaticale costruzione della frase, alla ipotesi in cui l'erede avesse lasciato decor-

rerò il termine di un anno senza accettare col beneficio dello inventario, e non alla ipotesi di un atto di erede o di una sentenza di condanna; 2° perchè, per ammettere tale interpretazione, converrebbe supporre avere il legislatore fermato primamente le due eccezioni innanzi di stabilire la regola stessa! e, a dir vero, la disposizione del progetto della sezione di legislazione sarebbe stata quindi sommamente inesatta, o piuttosto non intelligibile!

Ostile allo intendimento de' compilatori: avvegnachè non comprenderebbersi che, limitando al breve periodo, di un anno la facoltà di accettare col beneficio dello inventario, l'avessero ancora viemaggiamento circoscritto col sottoporla a somiglianti decadenze.

Finalmente ostile a' principii: avvegnachè la sentenza di condanna avrebbe ancora, e norma di tal sistema, un assoluto effetto: or ogni effetto di tal genere attribuito alla cosa giudicata reputasi esorbitante; e qui il sarebbe tanto più in quanto che in ultima analisi la decadenza che vuolsene desumere sarebbe il risultamento di una costituzione in mora fatta contro l'erede da uno de' eredi, e non isceorgesi per qual ragione questa costituzione in mora dovrebbe giovare ad altri eredi, i quali aulla hanno di comune con lui!

152. — E. Dunque rimane ad esporre il sistema che a noi pare il solo plausibile; e, per conchiudere come abbiamo cominciato, diremo che, a creder nostro la sentenza di condanna, ha un effetto meramente relativo all'erede, il quale l'abbia ottenuta, e che l'erede conserva, verso tutti gli altri eredi, la facoltà, sia di accettare col beneficio dello inventario sia di rinunziare.

1° Tal sistema offre primamente il vantaggio di essere unisono alle tradizioni dell'antico diritto; e puossi ravvisarlo trovarsi l'art. 800 concepito quasi negli stessi termini de' vari luoghi onde Pothier applicava qui positivamente il principio ordinario dell'autorità della cosa giudicata (*della Success.*, cap. III, sez. V, ed introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 80; Lebrun ed Espitard, lib. III, cap. VIII, sez. II, n. 63.)

2° E desso altresì eminentemente consono a' veri principii del pari che alla ragione ed alla equità.

3° Ma obbiettasi essere ostile al testo medesimo dell'art. 800 ed allo intendimento de' suoi compilatori!

Niente affatto! In vero che cosa dichiara l'art. 800?

Che l'erede non può più assumere la qualità di erede beneficiato, se abbia fatto atto di erede o se non vi sia una sentenza la quale lo condanni in qualità di erede puro o semplice: or la sentenza di condanna non vi è in diritto se non relativamente a chi l'abbia ottenuta: dunque la nostra interpretazione si adagia benissimo al testo medesimo.

Esclamasi che tornava inutile il dichiarar ciò! e l'articolo così inteso, quale applicazione dell'art. 1351, non offre alcun senso!

Ma dunque era utilissimo il dichiarare che il successibile, il quale avesse fatto atto di erede puro e semplice, non potrebbe più assumere la qualità di erede beneficiato? Nulladimeno si è ciò dichiarato l' e quindi si è potuto altresì dichiarare che non potrebbe più assumere qualità di erede beneficiato verso il ereditore il quale avesse ottenuto contro di lui la sentenza di condanna. E del pari i nostri onorevoli colleghi di Strasburgo con sommo acume hanno osservato che sarebbesi potuto in questo ultimo caso muover dubbio se il successibile, condannato semplicemente quale erede, per non avere assunto qualità entro i termini di legge, potesse dappoi assumere la qualità di erede beneficiato rispetto allo stesso ereditore che avesse ottenuto la sentenza (Auhry e Rau, t. V, p. 461, 462).

Da ultimo invocasi la mente dei compilatori dell'art. 800; e si fa osservare che « non mai, in nessuno dei periodi della discussione, si è trattato compilare un articolo apposito per dichiarare che la sentenza di condanna emessa avverso l'erede avesse effetto *fra le parti*; e che per contrario si è sempre controvertito se si dovesse attribuire alla sentenza medesima qualche speciale effetto, onde i terzi potessero giovarsi. » (Valette, loc., *supra*).

Noi rispondiamo che la discussione seguita intorno a questo subbietto in Consiglio di Stato fu una delle più confuse; e che la più sicura conclusione che possa desumersene si è che gli autori della legge, come già osservammo (*supra*, n. 449) vollero puramente o semplicemente attenersi alla regola da fermare nell'art. 1351: dunque sarà definitivamente nostra siffatta conclusione (confr. Fenet, t. XII, p. 44; decis. C. di Montpellier 4° lug. 1828, Gondal, Dev. e Carr. Collez. nuova, 9, II, 406; decis. C. di Parigi 48 giugno 1840, G. del F., t. II, 1840, p. 97; di

DEMOLOMAY, Vol. VIII.

Tolosa 11 marzo 1852; Bruel, Dev., 1852, II, 494; di Caen, 2. cam., 4 dic. 1857, Fèrrier; Delvincourt, t. II, p. 31, nota 7; Toulhier, t. II, n. 344, nota 4; Duranton, t. VII, n. 26; Chabot, art. 800, n. 3; Ducanroy, Bonnier e Roustaing, t. III, n. 610-613; Demante, t. III, n. 422 bis, 4 a 9; Bilhard, n. 436; Poujol, art. 800, n. 2; Aubry e Rau sopra Zachariae, t. V, p. 461; Fonquet, Enciclop. del Diritto, v. *Benef. d'invent.*, n. 40; Tambour, p. 244 e seg.).

§ III.

Quali sieno gli effetti del beneficio dell' inventario.

SOMMARIO.

1353. — Degli effetti del beneficio dello inventario nel nostro antico diritto.

1354. — Contenzione.

1355. — Passaggio.

1356. — Deviazione.

433. — Gli effetti del beneficio dello inventario non venivano un tempo determinati in Francia in modo sommamente uniforme ed inconcusso.

Laonde, relativamente allo effetto principale e caratteristico di questo beneficio, la dottrina era varia nei paesi di diritto scritto e nei paesi consuetudinarii.

Parecchi autori, nei paesi di diritto scritto, divisavano, invocando il diritto romano, in conformità del quale di fatti questo punto poteva sembrar dubbio (l. 22, Cod. de jure delib.), che il beneficio dello inventario attribuiva all'erede il vantaggio di non esser tenuto oltre il valore dei beni della eredità, ma che non l'impediva di essere personalmente tenuto, entro il limite di questo valore, sui beni suoi particolari (confr. Serres, *Instit. di diritto francese*, t. II, tit. XIX).

Per contrario nei paesi consuetudinarii la generale opinione, unisona altronde alla pratica, si era l'erede beneficiato non poter essere astretto sui propri beni.

Ma vi si andava incontro a molteplici difficoltà per definire il vero carattere di questo erede; abbenchè finalmente si fosse trovato più agevole esprimere ciò che non era che esprimere ciò che era.

« È questo un erede, insegnava Lehrun, il quale non confonde il suo patrimonio con quello del defunto ed il quale non va sottoposto allo effetto dell'azione personale: è un

possessore non sottoposto all'azione ipotecaria né all'azione mista; è un amministratore il quale, soddisfatti i debiti, trae vantaggio dai beni residuali; o piuttosto non è un erede regolare, né un possessore, né un amministratore; » (Lib. III, cap. IV, n. 4).

Furgolo soggiungeva « essere un erede di una categoria e di una specie diversa, particolare e singolare. » (Cap. X, sez III, numero 63).

Quindi Loysenu, il quale avrebbe voluto che l'erede beneficiato fosse personalmente tenuto, sui proprii beni, sino alla concorrenza dei valori ereditari, scemava che per questa fantastica immaginazione di separazione dei patrimoni l'erede col beneficio dello inventario si fa addivenire pipistrello...! » (Trattato dell'abbandono, lib. II, cap. III, n. 9 e seg.).

454. — Nulladimeno, ad onta di tali titubanze, generalmente ammettevasi esser l'erede beneficiato sempre vero erede conseguentemente vero proprietario, e vero possessore dei beni della eredità.

E Potbier, il quale il caratterizza così, soggiungeva che :

« L'accettazione col beneficio dello inventario diversifica dall'accettazione pura e semplice nello attribuire allo erede il beneficio di non esser tenuto dei debiti ereditari sui beni proprii... » (Delle Succ., cap. III, sez. III, art. 2, § 1).

455. — Di fatti tal era la vera dottrina, quella appunto sancita dal nostro Codice, come dimostreremo.

Dunque affermeremo altresì che sotto l'impero del Codice l'erede beneficiato è un vero erede, e che l'unica differenza la quale lo distingue dall'erede puro e semplice si è non confondere i beni della eredità coi suoi beni particolari.

Indubitatamente grave e considerevole è siffatta differenza ! ma alla per fine, tranne cotesta differenza, l'erede beneficiato conserva tutti i diritti, del pari che rimane sottoposto a tutte le obbligazioni emergenti dalla trasmissione ereditaria.

Se i nostri antichi autori andavano alquanto incontro a difficoltà nella definizione che conviene applicare all'erede beneficiato, ciò avveniva forse perchè non adoperavano diligenza sufficiente a distinguere i diversi rapporti sotto cui puossi considerare.

Nulladimeno importante è siffatta distinzione; avvegnachè il beneficio dello inventa-

rio non produce, verso e contro tutti, e gli effetti, ma soltanto effetti relativi.

456. — Conseguentemente avvisimmo utile la disamina degli effetti del fizio dello inventario sotto triplice veduta, cioè :

I. Nei rapporti dell'erede beneficiario eredi della eredità e coi legatarii ;

II. Nei rapporti dei creditori o dei legatarii gli uni riguardo agli altri ;

III. Nei rapporti dell'erede beneficiario suoi coeredi.

Indubitatamente ciascuno di tali effetti del nostro soggetto, e segnatamente primi, hanno tra essi molta affinità spesso li ravviseremo confondersi ; sempre vero che ciascuno altresì ha regole ad esso proprie ; e per tal motivo crediamo doverli distinguere.

ARTICOLO I.

De'li effetti del beneficio dello inventario ne' rapporti dell'erede beneficiario co'ereditori della eredità e co'legatarii.

SOMMARIO.

157. — Il principale effetto, anzi potrebbesi affermare effetto del beneficio dello inventario, quello di gli altri effetti sono mero conseguenze, si è lo b la confusione de'beni della eredità co'beni propri dell'erede.

158. — Da questa idea fondamentale discendono i quattro effetti ne' quali consiste tutto l'ordinamento del beneficio inventario. — Divisione.

457. — Cotesta prima parte della divisione, relativamente agli effetti del fizio dello inventario, è al certo la più importante; avvegnachè segnata per preservare l'erede da' procedimenti ereditari della eredità e de' legatarii si hiliò il beneficio dello inventario.

L'art. 802—719 stabilisce il fondamento principio della suddetta materia nel seguente modo :

« L'effetto del beneficio dell'erede consiste nel dare all'erede il vantaggio

« 1° Che non sia tenuto al pagamento de' debiti ereditari, se non fino alla somma del valore de'beni ad esso venuti, ed anche che possa liberarsi dal pagamento de' debiti con l'abbandono di tutti i beni dell'eredità a'creditori e legatarii ;

« 2° Che non siano confusi i suoi beni propri con quelli dell'eredità, e che

« conservato contro la medesima il diritto di chiedere il pagamento de' suoi crediti. »

Indubitabilmente siffatta compilazione avrebbe potuto essere migliore; ma essa determina sempre, comunque in modo poco metodico, il principale effetto del beneficio dello inventario, anzi potremmo affermare lo effetto unico, di cui tutti gli altri effetti da esso prodotti sono meri corollarii e sviluppiamenti.

Cotesto principale effetto consiste nel non confondere l'erede beneficiario i suoi beni particolari con quelli della eredità.

Dunque il beneficio dello inventario è l'ostacolo apportato alla confusione de' patrimoni emergente dalla trasmissione ereditaria e dall'accettazione pura e semplice; è la distinzione, la separazione de' due patrimoni, cioè di quello della eredità da quello dell'erede!

« Questo, insegnava con somma ragionevolezza Lebrun, è un punto stabile, da cui possiamo affermare dipendere tutta la materia. » (Lib. III, cap. IV, n. 22).

158. — Da questa fondamentale idea risultano i quattro effetti, in cui consiste tutto l'ordinamento del beneficio dello inventario, i quali sono i seguenti:

1° L'erede beneficiario è tenuto de' debiti e pesi ereditarii su' beni della eredità, e quindi fino alla concorrenza soltanto del valore di tali beni;

2° I diritti dell'erede beneficiario avverso la eredità, e reciprocamente i diritti della eredità avverso l'erede beneficiario, non estinguono mercè confusione;

3° L'erede beneficiario può esimersi dal pagamento de' debiti, con lo abbandonare tutti i beni a' ereditori della eredità ed a' legatarii;

4° Se non faccia l'abbandono medesimo è tenuto, verso i creditori ed i legatarii, ad amministrare i beni ereditarii, e render conto della sua amministrazione.

Dobbiam esporre ciascuno di tali effetti.

§ I.

L'erede beneficiario è tenuto de' debiti e pesi della eredità sui beni medesimi ereditarii, e quindi fino alla sola concorrenza del valore di questi beni.

SOMMARIO.

159. — L'erede beneficiario non è tenuto, per regola generale, a' beni proprii a soddisfare i debiti della eredità. — Osservazione critica su l'art. 802.

160 bis. — Non debbasi forse affermare non esser l'erede

beneficiario menomamente tenuto verso i creditori della eredità ed i legatarii?

160. — In quali casi l'erede beneficiario può venire astretto a' proprii beni?

161. — Conseguenza del principio non esser l'erede tenuto a' beni proprii.

162. — L'erede beneficiario potrebbe forse, in alcuni casi venire condannato, andando su' beni suoi particolari, a fare qualche somministrazione ad un creditore o ad un legatario?

163. — Quando l'art. 802 dichiara esser l'erede beneficiario tenuto sino alla concorrenza de' beni da lui raccolti, esso introduce parlare de' beni della eredità, voi dire di quelli pertinenti al *de ejus*. — Quid circa i beni donativi fra vivi del suo autore, ovvero provenuti dall'azione di collazione o ridazione?

164. — Quid circa il prezzo riscosso per la cessione da lui fatta de' suoi diritti ereditarii?

165. — Quid circa le somme da lui ritirate dalle civili ripara- zioni ostentate avverso l'uccisore del *de ejus*?

166. — Quid circa le rendite su lo Stato rinvenute nella eredità?

167 bis. — I creditori ed i legatarii, il cui pegno trovai quindi circoscritto a' beni ereditarii, non han luogo, per reciprocità, su tali beni, diritti maggiori di quelli che avrebbero avuti in caso di pura e semplice accettazione?

167. — Continuazione. — Cotesta generalità quante comprende quattro questioni particolari. — Esposizione.

168. — 1° L'accettazione col beneficio dello inventario rende forse esigibili avverso la eredità i crediti a termine?

169. — 2° L'accettazione col beneficio dello inventario osta forse alla divisione de' debiti tra coeredi?

170. — Continuazione. — Osta forse alla divisione de' crediti?

171. — 3° Il beneficio dello inventario produce forse di pieno diritto la separazione de' patrimoni a pro de' creditori della eredità e de' legatarii?

172. — Continuazione.

173. — 4° L'accettazione col beneficio dello inventario fatta da uno o più eredi produce forse di pieno diritto la separazione de' patrimoni, non solo riguardo a quegli eredi i quali abbiano accettato col beneficio dello inventario, ma essendo riguardo a quegli eredi i quali abbiano accettato puramente e semplicemente?

174. — Sia qualunque la soluzione delle testè esposte questioni, non è da distinguere il caso in cui l'accettazione col beneficio dello inventario abbia avuto luogo volontariamente dal caso in cui sia il necessario risultamento della minore età o della interdizione di uno degli eredi. — Osservazione.

175. — Se i beni della eredità sono il pegno unico de' creditori del defunto e de' legatarii, sono almeno altresì lor pegno esclusivo.

176. — Continuazione.

177. — L'erede beneficiario può forse servirsi, per suo particolare uso, de' mobili ereditarii? — Può forse, abitare una casa ereditaria? — Può forse da ultimo alimentarsi egli ed i suoi co' beni della eredità?

178. — L'erede beneficiario non potrebbe forse almeno ottenere dal magistrato un assegnamento alimentare, secondo le circostanze?

179. — Continuazione.

180.—I creditori personali dell'erede beneficiario possono forse, sia in proprio nome, sia in nome dell'erede, lor debitore, esercitare azioni quibisvogliono averglo la eredità?

180 bis.—I creditori personali dell'erede beneficiario possono forse dimandare di essere soddisfatti sul prezzo dei beni della eredità?

159.—L'art. 802—719, come osservammo, dispone che lo effetto del beneficio dello inventario si è attribuire all'erede il vantaggio di non esser tenuto al pagamento de' debiti ereditari se non fino alla concorrenza somma del valore de' beni ad esso pervenuti.

Cotesta formola è, in certa guisa, la letterale versione della costituzione di Giustiniano, la quale pramento dichiarava:

« *Ut in tantum haereditarius creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant.* » (L. 22, § 4, Codice de jure deliber.)

Ed abbiamo ravvisato che quegli autori, i quali, nel nostro antico diritto pretendevano che l'erede beneficiario fosse tenuto personalmente su' beni proprii sino alla concorrenza del valore de' beni ereditari, invocavano precisamente quel luogo della imperiale Costituzione (*supra*, n. 453).

Ciò vuol forse dinotare avere il nostro Codice inteso riformare siffatta dottrina?

No al certo! e la prova se ne scorge nell'art. 803—720, il quale determina taluni casi in cui, per eccezione, l'erede beneficiario può venire astretto su' beni suoi particolari.

Dunque per contrario la regola generale si è esser tenuto unicamente su' beni della eredità; e la formola dell'art. 802, supponendo che l'erede beneficiario possa esser tenuto sui beni suoi personali, nd evidenza trovasi sformata di ogni esattezza.

459 bis. Si è pure insegnato che l'erede beneficiario non è effettivamente tenuto affatto verso i creditori del defunto nè verso i legatarii, e che non è monomamente lor debitore (conf. Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. III, n. 616; e soprattutto Mourlon, *Examen critique del comment. di Troplong*, n. 317, p. 948.)

Ma cotesta dottrina ci pare alla volta sua, troppo assoluta.

L'erede, eziandio beneficiario, è sempre, anche rispetto a' creditori ed a' legatarii, il successore del defunto; e debbe quindi, in questa qualità di successore, esser tenuto delle sue obbligazioni: dunque può dimandarsene la esecuzione avverso di lui: se non che il beneficio dello inventario produce lo essenziale ef-

fetto esserne tenuto nella sua qualità di erede beneficiario, e su' beni soltanto da lui rinvenuti nella eredità (conf. *infra*, n. 168; arresti. C. cass. 17 marzo 1852, de La Martionie, Dev., 1852, 1 455).

In tal senso avvisiamo doversi intendere quanto insegnava Pothier, cioè reputarsi, riguardo a' creditori ed a' legatarii, piuttosto come amministratore de' beni della eredità che come erede e proprietario de' beni medesimi (Introd. al tit XVII della cons. di Orleans, n. 49; della Success., cap. III, sez. III, art. II, § VI.)

460.—Sol quando l'erede beneficiario contragga, per un fatto personale, una novella obbligazione verso i creditori ed i legatarii, può essere astretto su' beni suoi particolari; ed eziandio allora è bene fondato il sostenere non soggiacere ad eccezione la regola a norma di cui l'erede beneficiario è tenuto soltanto su' beni della eredità; dappoichè la causa, in forza della quale può venire astretto su' beni suoi particolari, deriva in tal caso non dalla sua qualità di erede beneficiario, ma dal fatto suo o dalla sua colpa.

Noi rinveniamo l'applicazione di tal principio nell'art. 803—720:

« L'erede beneficiario è incaricato di amministrare i beni ereditari, e deve render conto della sua amministrazione a' creditori ed a' legatarii.

« Non può essere costretto al pagamento a' co' beni suoi proprii che dopo essere stato costituito in mora a presentare il suo conto, e quando non abbia aneora soddisfatto a questo dovere.

« Dopo la liquidazione del conto non può essere astretto al pagamento co' suoi proprii beni, che solamente fino alla concorrenza di quelle somme, delle quali egli risulti debitore per residuo. »

Da ciò conseguita poter l'erede beneficiario venir astretto su' beni suoi particolari:

1° Quando sia stato costituito in mora di esibire il conto o non soddisfaccia a questa obbligazione; dappoichè soltanto il conto medesimo può offrire a' creditori ed a' legatarii il mezzo di distinguere il patrimonio della eredità dal patrimonio dell'erede;

2° Quando, liquidato il conto, si trovi debitore di qualche residuo e venga costituito in mora di pagare il residuo medesimo;

3° Puossi soggiugnere, quando abbia commesso colpa grave, per cui debbe a' creditori ed a' legatarii il ristoro de' danni-interessi (art. 801—721).

Val dire essere egli tenuto, come dicevamo, su' beni suoi particolari, soltanto de' casi in cui, per suo personal fatto, esso medesimo trovisi direttamente obbligato verso i creditori ed i legatarii (conf. Pothier, *della Success.*, cap. III, sez. III, art. II, § 6; Ducaurroy, Bonnier Rostaing, t. III, n. 617; Demante, t. III, n. 126.)

164. — E dal non essere, per massima, l'erede beneficiato tenuto su' beni suoi particolari verso i creditori della eredità, nè verso i legatarii, consegnata che costoro non possono esercitare alcun procedimento su' beni suoi, nè veruna azione relativa a' beni suoi; e che a cagion di esempio, non potrebbe impugnare, come fraudolenti, la cessione fatta dall'erede beneficiato di un credito a lui personale (conf. arrest. C. cass. 4 dic. 1839, Rabourdin, Dev., 1840, I, 478.)

162. — L'erede beneficiato potrebbe forse, in alcuni casi, venir condannato a fare, sui beni suoi particolari, somministrazioni ad un creditore o ad un legatario.

I nostri antichi autori non manifestavano la mente loro su questo punto con moltissima chiarezza; e non pertanto affermano non esser tal cosa priva di esempio; e ma soggiunge Espiard, l'annotatore di Lebrun, deggionsi accordare tali somministrazioni sol quando siavi certezza che l'erede beneficiato protragga la discussione ed apporti indugio alla prolazione della sentenza sul rendiconto mercè superflue procedure, e trovinsi somme presso di lui; dappoichè, tranne le circostanze di un debito estremamente favorevole, di un erede in mora di render conto, ed il quale verosimilmente tenga somme presso di sé, le somministrazioni non deggionsi accordare contro l'erede beneficiato, il quale non debbe venir mai astretto su' beni suoi particolari (lib. III, cap. IV, n. 23).

Similmente Montevallon ha insegnato « non doversi accordare somministrazione... , tranne in caso di tergiversazione da parte dell'erede; o quando la causa del creditore fosse meritevole di favore... ; ovvero finalmente quando il creditore sia povero e l'erede ricco » (*delle Success.*, cap. IV, art. 47.)

La medesima dottrina sembra essersi pure insegnata sotto l'impero del Codice (confr. Poujol, art. 805, n. 14.)

Ma, a parer nostro, è uopo risolvere oggidì tal questione con chiarezza maggiore di un tempo.

Se si supponga il caso che l'erede benefi-

ciato sia stato costituito in mora di esibire il conto, e non abbia soddisfatto l'obbligazione medesima, torna indubitato poter esser condannato a fare somministrazioni su' beni suoi personali (arg. a fortiori dall'art. 803; conf. decis. C. di Parigi 7 maggio 1829, Monaco, Sirey, 1829, II, 269; Zachariae, *Messe e Vergé*, t. II, p. 347.)

Ma, tranne tal caso, non crediamo possibile condannar mai l'erede a fare, su' beni suoi particolari, somministrazioni, comechè meritevole di favore suppongasì la posizione del creditore.

Imperocchè da un lato i testi ravvicinati degli art. 802 ed 803 positivamente vi si oppongono;

E d'altro lato, in conformità de' principii regolatori del nostro subbietto, lo essenziale effetto del beneficio dello inventario è tale che il patrimonio dell'erede trovasi compiutamente distinto dal patrimonio della eredità: come! si potrebbero far vendere i beni dell'erede (essendo uopo giungere sino a tal segno), per far somministrazioni ad un creditore o ad un legatario! Ciò torna inaccettabile.

163. — Del resto, quando l'art. 802 dichiara esser l'erede beneficiato tenuto sino alla concorrenza de' beni pervenutogli, intende parlare, come lo stesso articolo soggiunge, *de' beni della eredità*, val dire de' beni pertinenti al *de cuius* nel momento della sua morte, ed i quali trovansi nella eredità; dappoichè soltanto i beni medesimi formano il pegno de' creditori e de' legatarii.

Dunque l'erede beneficiato non è tenuto verso di essi:

Nè su' beni donatigli fra vivi, e di cui dovrebbe la collazione a' coeredi, se ve ne fossero; nè su' beni donati a coeredi, e di cui gli fosse dovuta la collazione (art. 857 — 776);

Nè su' beni provenienti da azione di riduzione, istituita avverso un donatario tra vivi per cagion di lesione della sua riserva (art. 921 — 838);

Imperocchè cotesti beni non rinvergonsi nella eredità; e se reputansi andarvi compresi, sotto alcuni rapporti, sono unicamente nel u interesse degli eredi (confr. Lebrun, lib. III, cap. IV, n. 28 e seg.; e lib. IV, cap. I, sez. III, n. 28; Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, art. II, § 6; Chabot, art. 802, n. 2; arresto C. cass. 10 lug. 1844, Fourmant, Dev., 1844, I, 593.)

164. — Similmente l'erede beneficiato non

potrebbe esser tenuto su lo importare del prezzo riscosso per la cessione da lui fatta dei suoi diritti ereditarii.

Imperocchè è tenuto, come già affermammo, su' beni da lui rinvenuti nella eredità, su quelli soltanto, soggiugnere Lebrun (*infra*), che ha dovuto inventariare come formanti il pegno de' creditori e de' legatarii: or il prezzo della cessione de' suoi diritti ereditarii non trovavasi nella eredità, e non ha dovuto comprendersi nello inventario.

Obbietterassi non poter l'erede beneficiario ritrarre alcun vantaggio dalla eredità prima che i creditori od i legatarii vengano soddisfatti? È ben vero! ma, ripetiamolo pure, quel vantaggio non si è ritratto da lui dalla eredità, dove non rinvenivasi: la eredità non ha migliorato né peggiorato dietro la cessione da lui fatta de' suoi diritti ereditarii. Dunque che cosa è mai? è un vantaggio da lui ritratto in occasione soltanto della eredità, ma senza ritrarlo dalla stessa eredità; e precisamente questo è il motivo per cui la cessione de' suoi diritti ereditarii non gli fa perdere il beneficio dello inventario.

Era questa la dottrina professata da' nostri antichi giuriconsulti (confr. Lebrun, lib. III. cap. VIII, sez. II, n.° 25; Pothier, Introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n.° 50.)

E tal dottrina non è cessata di essere ben fondata (confr. Demante I. III, n.° 126 bis, III.)

165. — Da ultimo facciamo riflettere l'erede beneficiario neppure poter venire astretto dai creditori nè da' legatarii su le somme provenienti dalle riparazioni civili da lui ottenute avverso l'uccisore del *de cuius* (ved. il t. II, n.° 452.)

166. — Ma se è tenuto soltanto su' beni della eredità, almeno debbe esser tenuto verso i creditori ed i legatarii, su tutti i beni della eredità.

Non pertanto s'iffatto principio non rinviensi forse modificato, relativamente alle rendite su lo Stato, dalle leggi speciali, onde sono state dichiarate inalienabili? (Legge del dì 8 nevoso anno VI, art. 4, e legge del 22 fiorile anno VII, art. 7.)

In vero precisamente per tal motivo si è statuito i creditori della eredità accettata col beneficio dello inventario, nella quale rinviasi una rendita su lo Stato, non aver diritto di formare opposizioni pel sequestro della rendita medesima, o impedire di venire intestata agli eredi (confr. ord. del Consiglio di Stato del 19 dic. 1839, Bidot, Dev., 1840,

II, 284; decis. C. di Parigi 14 april. 1819, Vayson, Dev., 1819, II, 413; arresto C. cass. 8 mag. 1854, Grnner, Dev., 1854, I, 309.)

Siffatto modo di decidere ci sembra giuridico, comunque le conseguenze possono divenirne spesso sommamente nocevoli a' creditori del defunto ed a' legatarii.

Ma almeno è unpo non esagerarli: sarebbe manifesto abuso lo inferirne l'erede beneficiario aver diritto di appropriarsi personalmente le rendite medesime, senza essere in obbligo renderne conto a' creditori della eredità ed a' legatarii (confr. decis. C. di Parigi 22 nov. 1835, Clute, G. d. I. F., t. II, del 1836, p. 161; ed *infra*, n.° 275 o seg.)

166 bis. — L'erede beneficiario, noi diciamo, non può venire astretto su' beni suoi particolari, ma soltanto su' beni della eredità, o in altri termini, su' beni pertinenti al *de cuius* nel momento della sua morte.

È questo il precipuo effetto della distinzione de' due patrimoni emergente dal beneficio medesimo.

Ma qui sorge quistione gravissima e sommamente vasta, cioè;

Se i creditori ed i legatarii, il cui pegno trovasi così limitato a' soli beni della eredità, abbiano essi medesimi, n'la volta loro e per reciprocenza, su' beni stessi, diritti maggiori di quelli che avrebbero in caso di pura e semplice accettazione?

Questa general quistione comprende segnatamente quattro specinli quistioni, le quali sono le seguenti:

167. — 1° Il beneficio dello inventario rende forse esigibili contro la eredità i crediti a termine?

2° Osta forse alla divisione de' debiti frai coeredi?

3° Produce forse, nello interesse de' creditori e de' legatarii, la separazione de' patrimoni?

4° Da ultimo, quando siervi più eredi, l'accettazione col beneficio dello inventario dell'uno basta forse per sommettere la totale eredità alla regola del beneficio dello inventario, eziandio riguardo a quegli altri eredi, i quali avessero puramente e semplicemente accettato?

Facciamoci a disaminare successivamente queste quattro quistioni.

168. — 1° Primamente dimandiamo se l'accettazione col beneficio dello inventario renda esigibili avverso la eredità i crediti a termine.

Per pretendere così si è precisamente invocata tal distinzione: de' due patrimoni prodotta dal beneficio dell'inventario. I eredi ereditari, si è detto, avendo per pegno i soli beni della eredità, val dire un pegno isolato e circoscritto, il quale non può ricevere incremento, debbon quindi avere tutti diritto di comparire, per ottenere, se non un integrale pagamento, almeno una quota; tanto più che l'accettazione col beneficio dell'inventario pone la eredità in grado di liquidazione generale o di decozione: or tale stato fa decadere il debitore dal beneficio del termine (art. 4488, 1942 — 4441, 4784; ed artic. 444 C. com. — 436). Soggiungesi che l'art. 2446 — 2040 assomiglia di fatti la eredità accettata col beneficio dell'inventario al fallimento, o soprattutto che l'art. 808 — 727, dichiarando che se non vi sieno eredi oppositori, l'erede beneficiario paga i eredi ed illegatari secondo che si presentano, dimostra che il legislatore non distingue i crediti esigibili da' crediti a termine: avvegnachè, pagando l'erede beneficiario in tal guisa col pegno in avvenire invariabile, non potrebbe, senza manifesta ingiustizia, astringere il creditore a termine a rimanere spettatore impossibile di siffatta generale ripartizione, la quale esaurisce tutti i beni; taleché non troverà niente più per lui alla scadenza del termine! (Confr. decis. C. di Parigi 7 feb. 1844, G. del F. t. I, del 4846; Delvincourt, t. II, p. 32, nota 8 (ediz. del 4824); Duranton, t. VII, n. 33, il quale nondimeno aggiunge che i eredi così soddisfatti innanzi la scadenza del termine, dovrebbero soggiacere all'escomputo dell'interesse legale.)

Ma, innanzi tutto, è forza bene intendersi: Torna indubitato che i eredi a termine diverranno esigibili, se si supponga trovarsi la eredità effettivamente in decozione o fallimento: in tal caso la esigibilità emergerà, a norma del diritto comune, dal medesimo stato di decozione o fallimento.

Ma è manifesto esser questa la questione da esaminare. Ciò che si pretende si è che il solo fatto dell'accettazione col beneficio dell'inventario, indipendentemente da ogni stato d'insolubilità della eredità, rende di per sé, in tutti i casi, esigibili i crediti a termine.

Or ciò precisamente ci sembra del tutto incerto:

1° In vero nessun testo stabilisce, avverso l'erede beneficiario, siffatta decadenza dal beneficio del termine: volerla desumere dall'ar-

ticolo 2446 è desumere da cotesta special disposizione una conseguenza menomamente racchiusavi; e circa lo argomento attinto nell'art. 808, è bastevole, per rispondervi l'osservare che i eredi a termine possono, formando opposizione presso l'erede beneficiario, preservarsi dal pericolo che si paventa per essi; dappoiché allora saranno ammessi ad esibire i titoli nelle distribuzioni per contributo o nelle graduazioni, e farsi eventualmente graduare, come i eredi condizionali, ed a fortiori altresì! ma nulla permetta andar più oltre e dichiarare la esigibilità del credito con tutti i suoi effetti.

2° Cotesta precoce esigibilità, non istabilita da verun testo, nè anco emerge dalla natura del beneficio dell'inventario: tutto l'opposto! avvegnachè il beneficio medesimo, introdotto a pro dell'erede, non debbesi rivolgere contro di lui; e siffatta considerazione è tanto più grave, in quanto che, in alcuni casi, come osservammo, l'accettazione col beneficio dell'inventario è forzata (art. 441, 776, 782 — 384, 693, 699). Non sarebbe forse strana cosa che gli eredi di minore età e gl'interdetti si trovassero di necessità decaduti dal beneficio del termine rimpetto a' eredi della eredità!

469. — 2° L'accettazione col beneficio dell'inventario osta forse alla decisione de' debiti fra' coeredi?

L'affermativa, che Lebrun pareva insegnar solo un tempo fra' nostri antichi dottori (lib. III, cap. IV n.° 65) ha rinvenuto propugnatori sotto l'impero del Codice; ed eziandin dall'ostacolo alla confusione de' patrimoni, emergente dal beneficio dell'inventario, si è preteso far discendere, per correlazione, l'ostacolo alla divisione de' debiti.

Si è sostenuto:

L'erede beneficiario, rispetto a' eredi della eredità, è un semplice amministratore tenuto a render conto de' beni del defunto, i quali formano in avvenire il loro indivisibile pegno (arg. dall'art. 2083 — 4953): non è, verso di essi, considerato come il rappresentante del defunto, nè come debitore personale in suo luogo; ed è questo il motivo per cui non può venire astretto da' eredi sui suoi beni particolari: or tal motivo deve impedirgli reciprocamente altresì di ritenere una parte qualsivoglia de' beni della eredità, per guisa che i eredi ereditari non vengano integralmente soddisfatti; diversamente esso medesimo riconoscerebbe, verso di essi,

come il rappresentante del defunto; e quindi sarebbe tenuto altresì personalmente verso di essi su' propri beni. Di fatti tal situazione è, affermarsi, indivisibile: l'erede, il quale invoca il beneficio dello inventario, nega, rispetto a lui, lo effetto della trasmissione ereditaria; e sostiene che i creditori del defunto hanno, su' beni della eredità pervenutigli, gli stessi diritti che avevano contro il defunto, nè più nè meno. Se, per contrario, voglia sostenere che i creditori del defunto han meno diritto su' beni del defunto, che trovansi presso di lui, di quel che avevano contro lo stesso defunto, allora invoca lo effetto della trasmissione ereditaria; ed egli medesimo assume, rispetto a' creditori, la veste di rappresentante del defunto, val dire sorge allora la necessità di rinunciare al beneficio dello inventario! (Confr. dec. C. di Parigi 25 ag. 1810, Mérault, Sirey, 1810—2—337; di Caen 17 gen. 1855, Legabilleux, Dev. 4857—2—294, decis. cassata (infra); Poujol, art. 873, n. 3; Bilbard, n. 109.)

Ma ci sembra agevole il dimostrare essere tal dottrina contraria simultaneamente a' testi ed a' principii:

4° Gli art. 873 e 4220—791 e 1173 stabiliscono, ne' più assoluti termini, il fondamentale principio della divisione de' debiti; e conseguentemente debbono applicarsi agli eredi puri e semplici, eccetto quando vi deroghi altro testo, relativamente a' primi: or non rinviasi in tutto il nostro Codice verun testo similgiante; e l'art. 4221—1174, nel quale rinvengonsi additate le eccezioni cui soggiace il principio della divisione de' debiti fra gli eredi del debitore, non fa menomamente motto del beneficio dello inventario. Nun si è potuto seriamente sostenere che l'art. 873 applicavasi a' soli eredi puri e semplici pel motivo, da un lato, che l'articolo medesimo suppone, si è detto, che g'i eredi, nel caso in cui i debiti si dividono, son tenuti de' debiti e pesi della eredità personalmente, e d'altro lato, che l'erede beneficiato non è per contrario personalmente tenuto; dappoichè è manifesto che il vocabolo *personalmente*, nell'art. 873, trovasi adoperato in contrapposto dell'altro *ipotecariamente*, ed ha per iscopo non di circoscrivere il principio della divisione de' debiti agli eredi puri e semplici, ma unicamente differenziare, mercoè una specie di antitesi, l'ampiezza dell'azione personale dall'ampiezza dell'azione ipotecaria (confr. Pothier, *Trattato delle obbligazioni*, n. 300 e seg.)

2° Altronde i principii al pari de' testi richiedono siffatta soluzione. Non perdisi di mira la idea essersi il beneficio dello inventario stabilito nello interesse dell'erede, e non doversi ritorcere contro di lui. Come! la separazione de' patrimoni, stabilita nello interesse de' creditori ereditarii, non osta alla divisione de' debiti: almeno appunto ciò crediamo poter tantosto dimostrare; e vorrebbsi che l'ostacolo medesimo venisse prodotto dal beneficio dello inventario, il quale ha luogo totalmente nello interesse dell'erede! e che venisse prodotto di necessità, come converrebbe, in questa dottrina, in detrimento dei minori e degl'interdetti cui fosse spettata una eredità!

Indubitatamente può accadere che il beneficio dello inventario, comunque stabilito nello interesse dell'erede, produca del pari, nello interesse de' creditori della eredità, taluni effetti correlativamente annodati agli effetti medesimi che produce nello interesse dell'erede; ma tal mezzo non puossi qui proporre; o l'ostacolo alla divisione de' debiti non risulta menomamente come conseguenza correlativa, nello interesse de' creditori, del beneficio introdotto nello interesse dell'erede. Lo effetto della trasmissione ereditaria si è, da un lato, che ciascuno degli eredi succede in una porzione nell'attivo, e d'altro lato che è tenuto di sua porzione corrispondente nel passivo: or, a norma dell'art. 802, il beneficio dello inventario modifica questo secondo effetto, senza modificare affatto il primo, cioè attribuisce il vantaggio di non esser tenuto al pagamento de' debiti ereditarii, se non fino alla concorrente somma del valore de' beni ad esso pervenuti; di esser tenuto ad evidenza sino alla concorrenza del valore medesimo, nella misura e proporzione secondo cui ne è tenuto; e Merlin ha con somma sagacia osservato che l'art. 802 dichiara, non già che l'erede beneficiato è tenuto sino alla concorrenza dei beni da lui conseguiti, ma che è tenuto sino alla concorrenza di questo valore: l'articolo desta l'idea di una restrizione apportata al diritto de' creditori, e non al certo di una estensione!

Dunque ben si scorge non esser mestieri, come fa la opposta dottrina, stabilire il seguente dilemma:

O l'erede è, riguardo a' creditori, un amministratore della eredità; ed allora è mestieri che lasci i creditori soddisfarsi integralmente su tutti i beni della eredità, che possiede;

Overro è, riguardo ad essi, erede e proprietario; ed allora è uopo altresì che sia debitore personale.

Ciò che è ben fondato si è che l'erede beneficiario è simultaneamente, eziandio riguardo a' creditori, erede ed amministratore: è erede, succedendo al defunto, nella misura della sua chiamata ereditaria, ed essendo quindi tenuto in tal misura della sua quota de' debiti (*supra*, n° 459 bis); è semplice amministratore, attribuendogli il beneficio dello inventario il vantaggio di esser tenuto, di questa porzione di debiti, sino alla concorrenza de' debiti pervenutigli (confr. arresto C. cass. 22 lug. 1814, Méruult, Sirey, 1812, 4, 303; 9 genn. 1827; Chatigny, D. 1827, 4, 114; decis. C. di Parigi 26 mag. 1831, Bouliereische, Dev., 1831, 2, 249; arresto C. cass. 7 giugno 1857, Legabilleux, Dev. 1857, 4, 465; Merlin, *Rep.*, t. XV (addizioni), v. *Benefizio d'invent.*, n. 25; Fouquet, *Enciclop. del Diritto*, v. *Benefizio d'invent.*, n. 68; Duranton, tom. VII, num. 109; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 233, 234; Tambour, p. 294.

170. — Forse sosterrebbero altresì che i crediti attivi della eredità neppur dividonsi fra gli eredi beneficiari?

Converrebbe farlo, secondo la dottrina da noi oppugnata (*supra*, n° 462); e la corte di Grenoble ha di fatto statuito che in caso di accettazione col beneficio dello inventario, non ha luogo immediata divisione fra gli eredi, i quali reputansi amministratori dell'eredità accettata col beneficio dello inventario: che la eredità medesima costituisce un ente morale distinto, i cui eredi beneficiari esercitano i diritti come garanti piuttosto che in lor nome e nel loro personale interesse. (Decis. 7 dic. 1842, Achard, Dev. 1843, 2, 336).

Ma gli stessi motivi, per cui abbiamo formato che il beneficio dell'inventario non osta alla divisione de' debiti, ci sembrano provare a fortiori non ostare neppure alla divisione dei crediti.

174. — 3° La nostra terza questione consiste nel conoscere se il beneficio dello inventario tragga seco di pieno diritto la separazione de' patrimoni a pro de' creditori della eredità e de' legatari: diciamo di pieno diritto, ovvero, in altri termini, senza abbisognare di dimandarla nè prendere iscrizione entro i sei mesi, in conformità dell'art. 2111—1999 su gl'immobili ereditari.

DEMOLORE, Vol. VIII.

Tal questione è sommamente controvertita; e tre opinioni vengono in campo:

A. La prima nega questo effetto al beneficio dello inventario in tutti i casi; dunque non solo dopo la rinuncia fattavi dall'erede o dopo la decadenza incorso, ma eziandio nel corso dell'accettazione col beneficio dello inventario.

B. Per contrario la seconda opinione gli attribuisce questo effetto in tutti i casi: dunque non solo nel corso dell'accettazione col beneficio dello inventario, ma eziandio dopo e non ostante la rinuncia o la decadenza dell'erede;

C. Da ultimo, secondo la terza opinione, il beneficio dello inventario produce la separazione de' patrimoni finchè perduri; ma cessa di produrla appena cessato esso medesimo mercè la rinuncia o la decadenza dell'erede.

Dobbiamo qui esaminare cotesta importante tesi.

A. La prima opinione trovasi precipuamente poggiata sul duplice argomento:

Da un lato, che il beneficio dello inventario è stato escogitato nello interesse dell'erede, e che i creditori della eredità conseguentemente non potrebbero invocarlo per esimersi dalla osservanza delle formalità loro imposte dalla legge, se vogliono conservare il privilegio che essa concede loro rispetto a' creditori particolari dell'erede;

E, d'altro lato, che l'art. 2114 è concepito in termini generali e non comporta veruna distinzione. Aggiungesi che questo esoneramento da iscrizione, concesso a' creditori della eredità in caso di accettazione col beneficio dello inventario, costituirebbe, nel sistema di pubblicità del nostro sistema ipotecario, una grave anomalia ed un notevole pericolo pe' terzi.

Taluni autori (citati *infra*), tocchi soprattutto da questo ultimo argomento, esinono i creditori della eredità dal formare domanda di separazione de' patrimoni, ma non li esonerano dal prendere iscrizione ad obbietto di conservare il loro diritto di preferenza, rispetto a' creditori particolari dell'erede, sugli immobili della eredità (confr. decis. C. di Rennes 23 lug. 1819, Leroy, D., *Rac. alfab.*, v. *Succes.*, n° 785; di Lione 20 dic. 1855, Poulard, Dev. 1857, II, 289 (decisione cassata *infra*); Delvincourt, t. II, p. 33, nota 2; Duranton, t. VII, n° 47, e t. XIX, n° 218; Cabautons, *Rivista di legislazione*, t. IV, p. 44; Gauthier, *Osservaz.* sopra un arresto del-

la Corte di cassazione del 4 dic. 1854, Dev., 1855, I. 277, nota 1, 2).

B. Per contrario la seconda opinione insegna: 4° che l'accettazione col beneficio dello inventario produce di pieno diritto la separazione de' patrimoni; 2° e che la separazione medesima, prodotta una volta, non può cessare in detrimento de' creditori della eredità né de' legatarii, mercè la rinunzia dell'erede al beneficio dello inventario né per la sua decadenza:

4° Lo scopo della domanda di separazione de' patrimoni e della iscrizione richiesta dall'art. 2114 si è lo impedire la confusione dei beni della eredità co' beni personali dell'erede, ed assicurare a' creditori della eredità ed a' legatarii la preferenza, rispetto a' creditori particolari dell'erede, su' beni della eredità: or questo effetto vien prodotto dal beneficio dello inventario, dappoichè il beneficio medesimo impedisce la confusione de' beni della eredità co' beni particolari dell'erede e lo stesso erede è tenuto a render conto, verso i creditori della eredità, di tutto l'attivo ereditario, dunque né i creditori della eredità né i legatarii debbono allora far cosa alcuna per separare patrimoni non confusi, né per ottenere una preferenza loro dovuta: dunque, in altri termini, l'accettazione col beneficio dello inventario produce di pieno diritto a lor pro la separazione de' patrimoni, senza domanda e senza iscrizione, e tanto precisamente suppone l'articolo 2114—800, il quale, sottoponendo i creditori ed i legatarii alla necessità di prendere iscrizione, *sol quando dimandino la separazione del patrimonio del defunto*, dimostra quindi non esser necessaria la iscrizione, quando non sia la stessa domanda di separazione: di fatti i terzi, i creditori particolari dell'erede, e tutti gli altri trovansi sufficientemente avvertiti dalla pubblicità dell'accettazione col beneficio dello inventario fatta in cancelleria sopra un pubblico registro (confr. i giudicati riferiti infra; Grenier, *delle Ipoteche*, t. II, p. 433; Persil, art. 2114, n° 7; Troplong, *de' Priv. ed. Ipot.*, t. III, n° 651; Vazeille, art. 800, n. 17).

2° Ciò premesso, i propugnatori di cotesta dottrina ne inferiscono che, una volta raggiunta la separazione de' patrimoni da' creditori della eredità o de' legatarii, costituisce a lor pro un diritto, di cui non potrebbero venir privati per fatto dell'erede beneficiario. Una opposta soluzione andrebbe, dicesi, incontro a molteplici pericoli ed ingiustizie: di

fatti, godendo i ereditarii della eredità ed i legatarii di un solo triennio per dimandare la separazione de' patrimoni, relativamente a' mobili, e di sei mesi per prendero iscrizione del loro privilegio su gl'immobili (art. 880, 2111—800, 1997), ne conseguirebbe che quando avessero lasciato trascorrere i termini medesimi prestando fede all'accettazione col beneficio dello inventario fatto dall'erede, la quale li esonerava da ogni domanda ed iscrizione, si troverebbero quindi in sua Italia, e potrebbe, rendendosi erede puro e semplice, confondere i due patrimoni e farli soggiacere al concorso ed anche alla preferenza dei suoi particolari creditori, in epoca in cui non potrebbero più dimandare la separazione dei patrimoni e richiedere iscrizione: or questo ingiusto risultamento non potrebbe, soggiugnesi, aver luogo; nè nel caso in cui l'erede fosse incorso nella decadenza dal beneficio dello inventario, per inosservanza delle formalità imposte, o per causa di occultamento; avvegnachè tal decadenza è una pena stabilita contro di lui e nello interesse de' creditori e legatarii, i quali soltanto possono prevalersene (art. 988, 989 C.pr.—1064, 1065; art. 792, 804 C. Nap.—709, 748), nè tanto poco nel caso di rinunzia volontaria dell'erede al beneficio dello inventario; dappoichè, seguita l'accettazione sua col beneficio dello inventario, questa ha costituito uno stato permanente, un definitivo sistema della eredità riguardo a' creditori del defunto ed a' legatarii; e tornerebbe tanto più pericoloso il poter tal sistema mutare in loro detrimento, in quanto che il mutamento medesimo potrebbe rimaner loro ignoto per molto tempo!

Questo secondo sistema trionfa oggidì in dottrina e massime in giurisprudenza, andandosi sempre più affermando (confr. decis. C. di Parigi 20 lug. 1811, Pigalle Sirey, 4811, II, 385; 8 apr. 1826, Delahoussaye, Sirey, 4827, II, 795; arresto C. cass. 48 giugno 1833; Cancrèl, Dev., 1833, I, 730; decis. C. di Parigi 4 mag. 1835, stesse parti, Dev. 4835, II, 258; di Colmar 9 genn. 1837, Beck, Dev., 4837, II, 314; arresto C. cass. 40 dic. 1839, Donney, Dev., 4840, I, 92; decis. C. di Rouen 24 genn. 1845, Bonnesœur, Dev., 4846, II, 569; di Nimes 21 lug. 1852, Arlaud, Dev., 4853, II, 701; arresto C. cass. 29 giugno 1853, Gonnot, Dev., 4853, I, 721; 44 dic. 1854, Chevallard, Dev., 4855, I, 277; 3 ag. 1857, Poulard, *il Diritto* del 4 ottob. 1857; Belost-Jolimont, sopra Chambol, art. 578,

Osserv. 6; Billhard, n° 143; Zacharie, Aubry e Ran, t. V, p. 235, 237; Massé o Vergé, t. II, p. 341—342; Blondeau, *della separaz. de' patrim.* p. 507—508; Dufresne, *cod.*, n. 76 e seg.; Tambonr, *del Benefizio d' invent.* p. 405 e seg.; Fonet de Conflans, art. 878, n° 40; Hureau, *Studi sul Cod. civ.*, t. II, *della separaz. de' patrimonii*, p. 377—378; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 539, nota 4; D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, t. II, n. 785, 794).

C. Da ultimo, a norma di una terza opinione, il beneficio dello inventario produce di pieno diritto, finchè perdura, la separazione de' patrimonii nello interesse de' creditori della eredità e de' legatarii; ma la separazione de' patrimonii, essendo allora una conseguenza del beneficio dell' inventario, debba cessare, cessando lo stesso beneficio dello inventario merè la rinunzia o la decadenza dell' erede (cfr. decis. C. di Rouen 5 dic. 1826, Leclerc, Sirey, 1827, II, 80; di Bordò 24 lug. 1830, Vassan, Dev., 1831, II, 190; di Lione 4 lug. 1835, Lacour, Dev., 1836, II, 464; Marendé, art. 881, n° 7; Pont, *de' Priv. e dello Ipot.*, art. 2111, n° 301).

472. — Tal è, su questa grave quistione lo stato della dottrina e della giurisprudenza.

In quanto a noi, confesseremo che nessuna delle tre opinioni testè esposte ci sembra plausibile; e comunque la terza, a ereder nostro, più si avvicini al vero, nondimeno avvisiamo neppure essere pienamente esatta.

Dunque la nostra tesi è la seguente:

L'accettazione col beneficio dello inventario produce, in favore de' creditori della eredità, uno degli effetti della separazione de' patrimonii, nel senso che destina al pagamento de' loro crediti i beni ereditarii, ad esclusione de' creditori personali dell'erede.

Ma altronde essa non produce menomamente la separazione de' patrimonii; e conseguentemente i creditori della eredità, non ostante l'accettazione col beneficio dello inventario, han sempre interesse a dimandare la separazione e medesima, e richiedere iscrizione su gl' immobili ereditarii:

1.° Ad obbietto di ottenere, eziandio durante il beneficio dello inventario, quelli tra gl' effetti della separazione de' patrimonii non prodotti dal beneficio medesimo;

2.° Ad obbietto di assicurare, qualora l'erede rinunziasse al beneficio dello inventario o ne rimanesse decaduto, la conservazione di quello tra gl' effetti della separazione de' pa-

trimonii, il quale era a lor pro una conseguenza del beneficio medesimo.

Noi avvisiamo poter dimostrare che coteste varie proposizioni sieno le sole unisono a' testi de' nostri Codici ed a' veri principii della subbietta materia:

E primamente affermiamo il beneficio dello inventario produrre, a pri de' creditori della eredità, uno degli effetti della separazione de' patrimonii, per la preferenza che loro assicura, rimpetto a' creditori particolari dell'erede, su' beni della eredità. La prima opinione, da noi testè esposta, nega siffatta preferenza; ed appunto tal denegazione ci fa da essa dipartire; avvegnachè altronde adottiamo la sua formola, quando dichiara che il beneficio dello inventario non produce la separazione de' patrimonii: il suo errore sta nel non iscorgere essere la preferenza de' creditori della eredità su' creditori particolari dell'erede, in caso di accettazione col beneficio dello inventario, una conseguenza propria e necessaria di siffatta accettazione.

In vero l'erede col beneficio dello inventario non può ad evidenza, se voglia conservare il suo beneficio, arrogarsi alcuna parte dell'attivo della eredità, sino a quando i creditori della eredità stessa ed i legatarii non vengano soddisfatti;

Or, da un lato, i creditori personali dell'erede non hanno; su l'attivo ereditario, diritti maggiori di quelli dello stesso erede, loro debitore, di cui sono gli aventi causa; d'altro lato non possono astringere l'erede, lor debitore, a rinunziare al beneficio dello inventario e rendersi erede puro e semplice; la qual cosa farebbero non pertanto, se pretendessero venire soddisfatti in suo nome su l'attivo ereditario prima della piena soddisfazione de' creditori della eredità;

Dunque il diritto, pe' creditori della eredità e pe' legatarii, di venire soddisfatti, su' beni della eredità, in preferenza de' creditori personali dell'erede, è un effetto proprio del beneficio dello inventario, o piuttosto una condizione sine qua non della sua esistenza: laonde tutti i testi, che il rifermano, hanno per iscopo di stabilire siffatta destinazione de' beni ereditarii al pagamento de' creditori della eredità e de' legatarii, ad esclusione de' creditori particolari dell'erede (Art. 802 e seg.; 986 o seg. C. pr. — 185, 1062).

Dunque i creditori della eredità ed i legatarii non debbono all'uopo far cosa alcuna, nè formare dimanda, nè prendere iscrizione; e,

a cagion di esempio, la iscrizione per ipoteca legale o giudiziale, presa dal creditore personale dell'erede su gl' immobili ereditari, eziandio dopo sei mesi dal di dell'apertura della successione, non potrebbe venire opposta a' creditori della eredità, i quali non avessero essi medesimi richiesto iscrizione; dappoichè, appunto per effetto stesso del beneficio dello inventario, tali immobili trovansi esclusivamete destinati al pagamento dei creditori della eredità; ed i creditori particolari dell'erede han potuto conoscere in cancelleria, dove ha avuto luogo l'accettazione col beneficio dello inventario del debitore, sotto qual condizione soltanto era erede.

Ma nel tempo stesso soggiugniamo non esservi menomamente, a pro de' creditori della eredità, separazione de' patrimoni, e quindi aver sempre interesse e qualità per formarne la dimanda e richiedere iscrizione.

In vero da un lato il beneficio dello inventario, eziandio finchè porduri, non produce, a pro de' creditori della eredità nè de' legatari, gl'altri effetti della separazione de' patrimoni; epperò, se l'erede beneficiato alienasse un immobile della eredità, i creditori ereditarii non avrebbero diritto di rivendicarlo, nè quindi diritti di fare maggiore offerta avverso il terzo acquirente, se non avessero richiesto iscrizione in conformità dell'articolo 2111 — 1997.

Sopponiamo esser controversa quistione quella se la separazione de' patrimoni conferisca diritto di rivendicazione, e parecchi insegnano la negativa: noi ci riserbiamo di ragionarne; ma per ora ci sembra indubitato che coloro i quali gli attribuiscono tal diritto di rivendicazione (e lui appartenghiano a questo novero) non glie lo attribuirebbero senza la iscrizione, alla quale l'art. 2111 positivamente sottopone il privilegio della separazione de' patrimoni: tornerebbe impossibile il sostenere che il beneficio dello inventario, per sola sua forza, conferisca a' creditori della eredità un diritto di rivendicazione avverso i terzi compratori: or la separazione de' patrimoni, con la iscrizione cui va sottoposta, produce tal diritto di rivendicazione: dunque il beneficio dello inventario, eziandio pel corso della sua durata, ed a prescindere da ogni rinunzia e decadenza, non produce la separazione de' patrimoni.

D'altro lato lo effetto che il beneficio dello inventario produce, nello interesse de' creditori della eredità, ed il quale somiglia ad uno

degli effetti della separazione de' patrimoni, destinando i beni ereditarii al pagamento dei creditori della eredità, ad esclusione de' creditori particolari dell'erede, cotesto effetto, affermiamo, debbe di necessità esso medesimo cessare col beneficio dello inventario, quando l'erede vi rinunzia o ne rimanga decaduto; dappoichè era quella, nello interesse de' creditori della eredità e de' legatari, una conseguenza del beneficio dello inventario: cotesto beneficio giovava loro correlativamente alla duplice impossibilità in cui poneva essi medesimi di agire su' beni particolari dell'erede, ed in cui poneva i creditori particolari dell'erede di agire su' beni della eredità; or essendo l'erede divenuto erede puro e semplice, i trovansi cessata questa duplice impossibilità: e come i creditori della eredità hanno ora diritto di agire su' beni particolari dell'erede, così del pari i creditori particolari dell'erede han diritto di agire su' beni della eredità: in somma, essendovi in avvenire accettazione pura e semplice, evvi confusione dei patrimoni e de' creditori.

E qui appuntoci dipartiamo compiutamente dalla seconda opinione da noi testè esposta (n° 164): si è ravvisato che questa opinione, ammessa nella dottrina da moltissimi giuriconsulti, trovasi oggidì sancita dalla giurisprudenza della Corte di cassazione e della maggior parte delle corti imperiali: abbiamo comprovato tal circostanza; ma ci è impossibile il non dichiarare, serbando il massimo rispetto ispiratoci da sì rilevanti autorità, che cotesta dottrina, a norma di cui il beneficio dello inventario costituisce un diritto acquistato pe' creditori della eredità e pe' legatari, ricalcitra, a parer nostro, gravemente sia allo essenziale carattere di questo beneficio, tal quale ci viene disvelato dalle più indubitate tradizioni, sia a' medesimi testi dei nostri Codici, i quali gli han sempre serbato, nel novello diritto, la prisca sua fisionomia ed il suo primitivo carattere:

1° Nel solo interesse dell'erede il beneficio dello inventario venne introdotto da Giustiniano nel romano diritto; e del pari nel solo interesse dell'erede veane ammesso dalla nostra antica giurisprudenza francese: or è massima ciascuno poter sempre liberamente rinunziare ad un beneficio introdotto nel suo solo interesse. È ben vero non sembrar certo avere il diritto romano ammesso cause di decadenza dal beneficio dell'inventario; e puossi rievocar in dubbio se l'accettazione col bene-

fizio dello inventario costituisse un irreversibile stato contro l'erede del pari che a suo pro (confr. Tambour, p. 120); ma la opposta dottrina venne sempre accolta in Francia. È massima, diceva Merlin al cospetto della Corte di cassazione, che l'erede beneficiario può sempre rinunciare alla qualità sua per assumere quella di erede puro e semplice (Rep. di giurispr., t. XV, addiz. v. Benif. d'invent., n. 25). In vero tornava ciò un tempo cotanto indubitato che faceva mestieri che l'erede beneficiario, per conservare la eredità, rinunziasse, come osservammo (supra, n. 109), al beneficio dello inventario, quando si presentasse un altro parente il quale si dichiarasse erede puro e semplice; ed al certo non si pensò giammai che l'accettazione col beneficio dello inventario costituisce a pro de' creditori della eredità, un diritto acquistato onde non potessero venir privati.

« È permesso, dichiarava la consuetudine di Orleans, a chi abbia assunto la qualità di erede beneficiario lo assumere poscia quella di erede puro e semplice » (art. 341); e circa l'art. 91 della consuetudine di Normandia, il quale racchiudeva la stessa disposizione, Basnage scrisse non esser molto necessario, non potendosene dubitare.

Anzi Davot prende diletto in questa notevolissima a cumulare sinonimi per dimostrare non potersi ritorcere contro l'erede beneficiario un beneficio, una grazia, un privilegio, stabilito unisemente a suo pro; poscia chiedendo se gli sia permessa la variazione, e se possa recedere e dichiararsi semplice erede, risponde: sì, è questa una massima! (Lib. III, trattato V, cap. XIX, n° 24).

Similmente Montva-lon ha insegnato dipender sempre dall'erede beneficiario lo abbandonare questa qualità (delle Success., c. IV., art. 8).

2.° Tal è pure oggi il beneficio dello inventario, val dire uno stabilimento introdotto nel solo interesse dell'erede, per suo vantaggio, come dichiara l'art. 802, non a pro de' creditori della eredità, ma per contrario, come affermava Pothier, avverso i creditori della eredità (delle Success., cap. III, sez. III, nri. II, § 9). Oh! indubitamente, se si ammettesse il principio che il beneficio dello inventario produce di pieno diritto la separazione de' patrimoni non interesse de' creditori della eredità e de' legatari, ne discenderebbe la conseguenza, trovandosi da essi acquistato tal diritto, non poterne venire più

spogliati; e di fatti appunto questo è l'argomento adoperato da' nostri dotti colleghi Aubry e Rau (sopra Zachariae, t. V, p. 237, nota 62); ma noi abbiamo già dimostrato la inesattezza di questo principio. Dunque cosa mai rimane ad affermare? che il beneficio dello inventario, unicamente stabilito nello interesse dell'erede, giova a' creditori della eredità soltanto per via di conseguenza: dunque non potrebbe più gravar loro appena cessato di esistere!

È ciò precisamente si suppone da tutti i nostri testi. Laonde, per esempio, se l'erede beneficiario abbia venduto mobili, o immobili senza uniformarsi alle formalità imposte, la vendita è valida: se non che l'erede beneficiario, in conformità degli art. 988 e 989 C. pr. — 1004 e 1065, si reputerà erede puro e semplice: or, nel sistema da noi oppugnato, converrebbe, per essere conseguente, sostenere per contrario esser nulle le vendite, oziandio riguardo a' terzi acquirenti; dappoichè, se l'erede beneficiario è, nello interesse de' creditori della eredità, un amministratore tenuto a render conto, e se non può per fatto suo spogliarsi, riguardo ad essi, di questa qualità, è manifesto doversi statuire non aver potuto validamente alienare gl' immobili ereditari, senza la osservanza delle formalità imposte dalla legge.

Ed effettivamente si è giunto a tal punto!

E si è insegnato che le vendite d'immobili ereditari fatte così dall'erede beneficiario dovranno dichiararsi nulle riguardo a' terzi acquirenti, se i creditori dell'eredità ne dimandino la nullità! (Confr. Dufresne, della sep. dei patrim., n° 77; Hureau, Rivista pratica di diritto franc., 1857, p. 228, n. 13).

Ma ciò torna manifestamente impossibile! Cotesta nullità non venne giammai ammessa nel nostro antico diritto; e l'attuale del governo Simeon, nel presentare al corpo legislativo il libro II della seconda parte del Codice di procedura, positivamente dichiarò che la vendita fatta, senza autorizzazione e senza osservanza di formalità, dall'erede beneficiario, sarebbe valida, e che si è rinvenuta una garanzia sufficiente, pe' creditori, nella decadenza dal beneficio dello inventario; ed in vero tal'è la disposizione degli art. 988 o 989. Dunque la vendita è valida; e colla maggior parte gli stessi propugnatori della dottrina da noi combattuta il confessano! ma siffatta confessione non costituisce forse la riprovazione della loro intera dottri-

na? Come! il beneficio dello inventario costituisce, dicesi, nello interesse de' creditori della eredità, una regola definitiva, un diritto acquisito: l'erede beneficiario è, rispetto ad essi, un amministratore tenuto a render conto; e nondimeno potrà impunemente, in loro detrimento, trasgredire tutte le condizioni del beneficio dello inventario, e trasandare tutte le formalità cui la legge l'ha sottoposto! Potrà vendere gl'immobili come vorrà, a quel prezzo, con quelle condizioni che gli piaceranno! e non solo vendere gl'immobili, ma eziandio donarli tra vivi! e le vendite e le donazioni stesse saranno valide rimpetto a' creditori! (Cofr. arresto C. cass. 6 giugno 1849, Monclar, Dev., 1849, I, 481.) E ad onta di tali conseguenze pretendesi che il beneficio dello inventario costituisce un diritto acquisito nello interesse de' creditori della eredità e de' legatarii! E uopo convenire che se fosse così la legge sarebbe antilogica ed imprevedente!

3.° Si è obiettato che gli art. 702 ed 801 C. Nap.—709 e 718, e gli art. 988—989 C. pr. stabilivano, avverso l'erede beneficiario, una penale decadenza, nello interesse de' creditori della eredità e de' legatarii, e conseguentemente soltanto costoro potevano prevalersene contro di lui.

Agevole è la risposta.

I su riferiti articoli suppongono che l'erede voglia conservare il beneficio dello inventario avverso i creditori della eredità, i quali pretendono per contrario trovarsi decaduto: precisamente questa è la ipotesi contemplata dal legislatore, quando ha fermato avverso l'erede tal pena della decadenza dal suo beneficio.

Ma il legislatore non ha supposto che i creditori della eredità ed i legatarii volessero mantenere sotto il sistema del beneficio dello inventario l'erede il quale volesse! per contrario addvenir poscia erede puro e semplice; non l'ha supposto, per la ragione semplicissima che l'erede beneficiario ha sempre diritto di rinunziare al beneficio stabilito a suo pro, ed accettare in qualsivoglia epoca puramente e semplicemente.

Ma, dicesi, nulla avvertirà i creditori di questa pura e semplice accettazione, la quale muta notevolmente la loro posizione; e se l'erede rinunzia al suo beneficio solo dopo il decorso di sei mesi dal dì dell'apertura della successione, non potranno più richiedere la iscrizione del privilegio della separazione de' pa-

trimonii su gl'immobili ereditarii, in conformità dell'art. 2111.

Abbiamo già risposto che nulla impedisce a' creditori della eredità ed a' legatarii mandare la separazione de' patrimoni a chiedere iscrizione, durante il bel dello inventario: erroneamente si è tratto obbiezione dall'art. 2111—2040; dappiquesto articolo dichiara semplicemente le iscrizioni prese da' creditori della eredità e accettate col beneficio dello inventario producono effetto *fra' creditori* di questa eredità: or la iscrizione di cui trattasi nell'art. 2111 debbe produrre effetto non *fra' creditori* della eredità, ma *riguardo a' creditori eredi*: dunque gli art. 2111 e 2116 si scono in due ipotesi assai distinte: di l'articolo 2116 non impedisce menomamente a' creditori della eredità di richiedere tutti i casi, iscrizione per conservare il privilegio riguardo a' creditori *di erede*.

E non solo nulla impedisce loro di farla la stessa più volgare prudenza loro pone, qualora temano la insolvibilità d'erede; dunque dovrebbero a se stessi onare il non aver ciò praticato. La Corte di Borja statui che il termine di sei mesi per prendere iscrizione, in conformità dell'art. 2111, decorre in questo caso avverso i creditori della eredità ed i legatarii dal dì dell'accettazione pura e semplice fatta d'erede (decis. 25 giugno 1831, Guesnier 1831, 2, 462); ma noi neppure avremo doversi ammettere questo temperamento dappoichè lo effetto dell'accettazione risguarda l'apertura della successione (777—694); e, ripetiamolo, i creditori della eredità ed i legatarii possono, in tutti i casi, richiedere iscrizione entro i sei mesi dall'apertura della successione.

4.° E mestieri aggiungere che la opinione dottrinale offrirebbe molteplici e spaventosi pericoli pe' terzi: con un erede, dopo l'accettazione col beneficio dello inventario, a che fatto poscia pubblicamente atti reitici espressi di pura e semplice accettazione verrebbe venduto, avrebbe donato i beni ereditarii; gli avrebbe ipotecati a' suoi creditori particolari tale stato di cose avrebbe perdurare dieci, quindici anni! e dopo i creditori della eredità, senza aver praticato cosa alcuna per la conservazione de' loro diritti, nè dimanda di separazione de' patrimoni, nè iscrizione, verrebbero a primeg-

creditori particolari dell'erede! ma in ciò scorgerebbersi una manifesta fraude!

5° Faremo una ultima osservazione.

Il nostro Codice, secondo le antiche tradizioni, ha stabilito, per impedire la confusione del patrimonio della eredità col patrimonio dell'erede, due diversi beneficii: l'uno, nel solo interesse dell'erede, è il beneficio dello inventario; l'altro, nel solo interesse de' creditori della eredità e de' legatarii, è il beneficio della separazione de' patrimoni. In vero in ogni tempo, sin dalla loro origine, questi due beneficii furono distinti ed indipendenti. Introdotti in Roma, in epoche diverse e con mire non identiche, han serbato a traverso i tempi la loro speciale individualità ed il proprio lor carattere; e così ambedue sonosi ritenuti nel nostro Codice, il quale tratta del *benefizio dello inventario* in un capitolo ed in una sezione (cap. V. sez. III) diversi dal capitolo e dalla sezione (cap. VI, sez. III) in cui tratta della *separazione de' patrimoni*.

Per contrario noi stessi erediamochesarebbero emersi molti vantaggi dal congiungere e fondere in un solo tali due stabilimenti, i quali, comunque sotto un diverso punto di veduta, mirano in ultima analisi allo stesso scopo e procedono con lo stesso mezzo; e con rimerescimento veggiamo che il nostro legislatore non abbia preso la iniziativa di cotesto salutare mutamento.

Ma il solo legisatore avrebbe avuto il potere di compierlo (1).

Or, a parer nostro (e ci sembra averlo dimostrato) la giurisprudenza ha davvero impresso siffatta opera legislativa, nello statuire che il beneficio dello inventario, per sè stesso e per sè solo, produca, come diritto acquisito, a pro de' creditori della eredità e de' legatarii, il beneficio della separazione de' patrimoni; avvegnachè essa l'ha, in tal guisa, profondamente snaturato! e siccome non ha la potestà legislativa, e mutar non poteva i testi medesimi de' nostri Codici, ne è emerso un incoerente sistema, per nulla conseguente alle sue promesse e ricolmo d'impotenza! il quale, mentre dichiara che il beneficio dello inventario non può annientarsi dall'erede in detrimento de' creditori della eredità, è astret-

to a convenire poter l'erede nondimeno, in detrimento de' creditori della eredità, impunemente tralasciare la osservanza di tutte le formalità e di tutte le condizioni di siffatto beneficio! (Confr. Demante, t. III, n. 423 bis; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, tome II, n. 763; Marcadé, art. 881, n. 7; Monrion, *Essai critique del coment.* di Troplong, n. 317.)

173. — 6° La dottrina da noi oppugnata ha ricevuto inoltre una spinta, la quale la rende, a parer nostro, sempre più eccessiva!

In vero viene statuito che l'accettazione col beneficio dello inventario, fatta da uno o più eredi, produce di pieno diritto la separazione de' patrimoni non solo riguardo a quegli eredi i quali abbiano accettato col beneficio dello inventario, ma eziandio riguardo a quegli eredi i quali abbiano puramente e semplicemente accettato: o che conseguentemente i creditori particolari degli eredi puri e semplici non possono conseguire un diritto di preferenza nè tampoco di concorrenza sui beni della eredità co' eredi ereditarii, anche quando costoro non avessero dimandato la separazione de' patrimoni nè richiesto inserzione entro i sei mesi dal dì dell'apertura della successione.

Non pertanto è sorta una specie di scisma fra i propagatori di questo sistema:

Alcuni volendo ammettere tale effetto generale e collettivo pel corso della durata della indivisione e fino a quando non segua la divisione (confr. decis. C. di Riom 3 agosto 1828, Bravard, Sirey, 4829, II, 39; arresto C. cass. 18 novembre 1834, Chancelier, D. 4843, I, 123; decis. C. di Nîmes 4 luglio 1853, Julian, D. 4853, II, 263; arresto C. cass. 11 die. 1854, Chevallard, Dev., 4855, I, 277; Zachariae, Aubry o Rau, t. V. p. 236, Mssé e Vergé, t. II, p. 342; D., *Ruc. alfab.* v. *Success.*, n. 788—789; Dufresne, della *Separ. dei patrimoni*, n. 79);

Altri per contrario ammettendo che tale effetto, una volta prodotto, debba sussistere eziandio dopo la divisione (confr. decis. C. di Caen 21 nov. 1853, Chatel, *G. del F.*, tomo II del 1857, p. 4060, arresto C. cass. 3 ag. 1857, Poulard, il *Dritto* del 1° ottobre 1857).

Ma cotesto sistema ci pare altresì una grave aberrazione dai veri principii.

In vero, per potersi ammettere, converrebbe che, quando più eredi vengono chiamati alla eredità, la lor chiamata fosse indivisibile o siffattamente solidale da doversi lo

(1) È questo il motivo per cui non abbiamo voluto risandire, come han fatto Zachariae, Aubry e Rau, e parecchi altri giurisconsulti, nella stessa esposizione questi due benefici: di fatti cotesta *fasione* dovea di necessità produrre conseguenze opposte al sistema del nostro Codice, il quale gli ha per contrario ducati.

stesso modo di accettazione di necessità adottare da tutti gli eredi congiuntamente; dappoiché a ciò si riduce in ultima analisi la su esposta tesi;

Or tutto l'opposto! dai testi del nostro Codice emerge che ciascuno degli eredi assume, divisamente, per la sua quota, i dritti e pesi ereditari: noi già dimostrammo (nel tomo I, n. 448) che il sistema affatto germanico di un collettivo e solidale impossessamento non rinveniva alcuna base nelle leggi francesi, le quali, chiamando ciascuno degli eredi per la sua quota, conferiscono nel tempo stesso a ciascun di loro il dritto individuale di accettare puramente e semplicemente o col beneficio dello inventario (art. 724, 774, 873, 875, 4220—645, 691, 794, 795, 1473);

Dunque tutti i nostri testi osteggiano questa solidità, questa indivisibilità dell'accettazione col beneficio dello inventario, ehe vnlisi far emergere dall'accettazione col beneficio dello inventario di uno o più eredi, riguardo agli altri eredi, i quali abbiano l'entro i limiti della loro chiamata ereditaria, esercitato il dritto che avevano di scegliere la pura e semplice accettazione (*supra*, numero 423).

Viene opposto l'art. 2446, il quale, dice, non distingue il caso in cui la eredità venga totalmente accettata col beneficio dello inventario da quello in cui venga accettata col beneficio dello inventario da uno o più coeredi, e puramente e semplicemente da uno o più altri.

Ma non è manifesto che l'art. 2446 si riferisca ai principii generali, e quindi debba applicarsi a quegli eredi, riguardo a cui la eredità viene accettata col beneficio dello inventario, val dire a quelli i quali abbiano accettato, per la loro quota, col beneficio dello inventario? Vuolsi forse dire che, con quello articolo, il legislatore ha annichilito lo intero sistema della devoluzione ereditaria intestata? è questa nondimeno la conseguenza che pretendesene desumere!

Aggiungesi fissar lo inventario la intera consistenza del patrimonio del defunto, e preservarlo da ogni confusione coi beni dell'erede!

Ma forse è bastevole lo inventario, per esservi accettazione col beneficio dello inventario? forse non è inoltre necessaria una dichiarazione nella cancelleria del tribunale? e dallo avere uno degli eredi fatto tal dichiarazione, fosse minore o interdetto, conseguì-

ta che gli altri eredi, i qua'i non abbian fatto la dichiarazione di volere accettare col beneficio dello inventario, viemaggiormente! i quali abbiano anche manifestato una opposta volontà, quella di essere eredi puri e semplici, conseguita ehe debbono essere, lor malgrado, e ad onta di tutto! dichiarati eredi beneficiati per l'unico motivo di essersi disteso inventario! Dunque dove mai sono i testi i quali attribuiscono tal conseguenza al solo fatto della formazione dello inventario!

Il sistema del beneficio dello inventario è indivisibile! affermarsi (su riferita decisione della corte di Caen).

Ma dunque per qual ragione? e da qual testo o da qual principio risulta siffatta indivisibilità? (Confr. decis. C. di Parigi 16 novembre 1853, Bonile, D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 846; arresto C. cass. 16 feb. 1858, de Montebal, D. 1858, t. 428).

Ma se fosse indivisibile, quegli eredi i quali avessero accettato puramente e semplicemente dovrebbero dunque venir trattati altresì come eredi beneficiati: dovrebbero conseguentemente essi medesimi dar cauzione, ed osservare tutte le altre condizioni del sistema del beneficio dell'inventario: or torna impossibile giugnere fino a tal segno: dunque è forza ammettere non venir trattati come eredi beneficiati; ed ora, se sono eredi puri e semplici, per qual ragione adunque i loro particolari ereditori non avrebbero per pegno i beni della eredità, loro spettati, al pari di tutti gli altri loro beni?

Dove mai scorgesi l'ostacolo che impedisca ai particolari ereditori di quello erede il quale abbia accettato puramente e semplicemente di prendere inserzioni su la porzione degl'immobili ereditarii spettante al loro debitore, e di dimandare la divisione (articolo 2205—2406)? e se gli stessi ereditori della eredità non abbiano richiesto la inserzione pel privilegio della separazione dei patrimoni entro i sei mesi, in conformità dell'articolo 2444, qual cosa impedirà che i ereditori particolari dell'eredità puro e semplice vengano preferiti ai ereditori della eredità, su la porzione degl'immobili ereditarii, che proverrà, per la divisione, all'eredità puro e semplice, loro debitore?

In quanto a noi, non vi scorgiamo alcuno ostacolo.

Laonde è uopo giugnere sino a sostenere che tale indivisibilità dell'accettazione col beneficio dello inventario, per effetto di cui si

sottopone al sistema di responsabilità del beneficio dell'inventario la eredità totale eziandio rispetto a quegli eredi i quali abbiano puramente e semplicemente accettato, che tale indivisibilità, diciamo, sussiste eziandio dopo seguita la divisione!

E vi si è giunto!

Spesso le false dottrine annientansi per le estreme conseguenze cui trovansi trascinate; e più di una fiata è accaduto che i loro eccessi sono stati il segnale della reazione e del ritorno alle vere dottrine.

A dir vero l'ora di questa reazione non è giunta! e quando un sistema trovasi ridotto a sostenere, per esempio, che l'art. 883 del Codice Napoleone ha effetto solo fra coeredi (su riferita decisione della Corte di Caen), non lice sperare che la sua vittoria non perdurerà sempre, e che forse è prossima la sua sconfitta.

Pothier, supponendo esservi due eredi beneficiati i quali abbiano congiuntamente diviso i beni della eredità, soggiungeva che ciascuno è tenuto conservare ciò che vada compreso nella sua quota, e non già ciò che va compreso nella quota dell'altro: ciascuno, egli diceva, *reputandosi succeduto nella sua quota, ciascuno debbe poggiare su la sua quota (delle Success. cap. III, sez. III, art. II, § 8; ed introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n° 41); dunque egli divisava la regola della divisione dichiarata sussistere riguardo a terzi, o peculiarmente riguardo ai creditori particolari di ciascuno de' coeredi; e ciò ci pare effettivamente manifesto!*

Dunque concludiamo l'accettazione col beneficio dell'inventario fatta da uno o più degli eredi non produrre alcuno degli effetti della separazione de' patrimonii, nè durante la divisione, nè a fortiori dopo la divisione, riguardo a quegli eredi i quali abbiano puramente e semplicemente accettato.

474. — Del resto, sia qualunque la soluzione delle varie quistioni da noi disaminate (supra, n. 468 e seg.), non è da distinguere il caso in cui l'accettazione col beneficio dell'inventario abbia avuto luogo volontariamente dal caso in cui sia il necessario risultamento della minore età o della interdizione di uno degli eredi.

Nella maggior parte i giudicati da noi riferiti sono stati pure emessi in questa ultima ipotesi (confr. supra; red. nondimeno altresì decis. C. di Agon 29 marzo 1838, Suzanne Laroque, D. *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n° 790). *Dewolonne*, Vol. VIII.

Noi ne desumeremo soltanto avverso la dottrina sancita con quei giudicati ancora una ultima obbiezione.

Di fatti, siccome viene pure statuito che l'accettazione col beneficio dell'inventario ha luogo di pieno diritto, pe' minori, senza esser necessario che la dichiarazione siasi fatta in cancelleria (supra, n. 132), così ne risulta che il sistema della eredità accettata col beneficio dell'inventario troverassi imposto a tutti gli eredi eziandio di maggiore età, i quali avessero puramente e semplicemente accettato, o conseguentemente a tutti i loro particolari creditori, senza che alcuna dichiarazione in cancelleria, nè alcuna iscrizione nella conservazione delle ipoteche gli abbiano menomamente avvertiti della preferenza attribuita quindi a' creditori della eredità su l'attivo ereditario!

475. — Se i beni della eredità sono il solo pegno de' creditori del defunto e de' legatarii, almeno sono altresì il loro esclusivo pegno; e l'eredità ed i suoi aventi causa possono pretendere soltanto ciò che rimane dopo soddisfatti i creditori della eredità ed i legatarii (confr. art. 801, 802, 803—748, 749, 720, e supra, n. 174, 172).

476. — È questa la regola; ma questa regola, incontrastabile nella sua generalità, può far sorgere due quistioni:

Una riguardo all'eredità beneficiata;

L'altra riguardo a' suoi particolari creditori.

A. Relativamente all'eredità beneficiata, ci facciamo a domandare:

1.° Può egli servirsi, per suo particolare uso, de' mobili riuenti nella eredità, de' cavalli, delle vetture, della biancheria, cc.?

2.° Può egli abitare una casa ereditaria?

3.° Può finalmente alimentare se stesso ed i suoi parenti co' beni ereditarii?

B. Relativamente a' suoi creditori particolari, dimandiamo se possano, sia direttamente ed in proprio nome, sia da parte ed in nome dell'eredità beneficiata, loro debitore, esercitare azioni qualsivogliano su' beni della eredità?

177. — A. E primamente l'eredità beneficiata può forse adoperare a particolare suo uso i mobili della eredità, abitare una casa che ne faccia parte, ed alimentarsi co' beni ereditarii?

Forse non è agevole dare a tali specie di quistioni una precisa o rigorosa soluzione.

Indubitabilmente, per massima, puossi so-

stenere che l'erede beneficiario è, riguardo ai creditori della eredità ed ai legatarii, un amministratore tenuto a render conto; e la conseguenza sembra doverne essere che egli sia tenuto a far comprendere, nel suo conto, tutti i valori capitali, interessi e frutti, senza potere, per fatto suo, menomarli: quindi sembra potersi inferire non potere effettivamente ritrarre alcun particolare vantaggio dai beni ereditarii (confr. Lebrun, lib. III, cap. IV, n. 85; Bretonnier, *Quist.*, p. 58; Chabot, art. 803, n. 4; Toullier, t. II, n. 389; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 346; D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, a. 813).

Ma non pertanto è rilevante altresì osservare, da un lato, che egli è erede, val dire proprietario, e che ha pure il possesso legale, val dire il possesso *pro suo* dei beni della eredità; e d'altro lato che la legge non gli impone l'obbligo di vendere i beni e neppure gli ingiunge precisamente di agire per la liquidazione della eredità (*infra*, n. 228 e 271).

Or, in tale stato di cose, è mai possibile interdargli assolutamente ogni atto qualsivoglia di godimento sui beni della eredità?

4° Quindi primamente, pei mobili, l'art. 805—723, il quale ammette in lui diritto di conservarli in natura, non suppone virtualmente aver diritto di servirsi; e dappoiché il rende responsabile soltanto della diminuzione del loro valore o della deteriorazione ragionata dalla sua negligenza: dalle quali cose sembra conseguire l'eredità non esser tenuta del deterioramento proveniente dall'uso fattone (Arg. dagli art. 589 e 4884 — 514 e 1736; confr. Demante, t. III, n. 428 bis, I; *ved.* nondimeno in senso opposto Novello Denizart, v. *Conto*, § 5, n. 6, e § 6 a. 2).

2° Di conseguenza non potrebbesi forse sostenere altresì che se l'erede beneficiario abita in una casa dipendente dalla eredità, la casa medesima alla per fine si appartiene a lui? o che parrebbe dura cosa l'essere egli obbligato a pagare il pigione, soprattutto se abitasse già in questa casa mentre viveva il *de cuius* e con lui, soprattutto se trattasi di un minore o di un interdetto, in nome di cui la eredità ha dovuto di necessità accettarsi col beneficio dell'inventario? Altronde osserviamo che i creditori della eredità ed i legatarii han diritto, quando vogliano, di far cessare tale stato di cose, agendo essi medesimi per la vendita dei beni (*infra*, a. 228): finalmente non basterebbe potersi, secondo i casi, considerarne come colpa di amministrazione

produrre responsabilità (art. 804 — 721) il fatto di non aver locato una casa, se avesse dovuto esserlo?

3° Parrebbe più malagevole ancora lo ammettere nell'erede beneficiario il diritto di alimentare se stesso ed i suoi parenti coi beni ereditarii. Come! dirassi, non potrà cogliere i frutti del giardino, i legumi dell'orto, no senza dubbio! nè tampoco il fieno dei prati ed il grano del podere; dappoiché son questi frutti, ed il conto dei frutti o delle rendite va dovuto ai creditori ed ai legatarii (Confr. arresto C. cass. 3 lug. 1854, Lestrade, *Dev.*, 1854, I, 485).

478. — Conveniamo che queste varie affermazioni s'oppongono, precisamente per tale mista ed incerta situazione formata all'eredità beneficiario.

Non sarebbe forse possibile conciliare tutto, sostenendo poter almeno ottenere dal magistrato un provvisorio assegnamento a titolo di alimenti secondo le circostanze, val dire se non abbia beni particolari per vivere, se l'attivo della eredità sembri al certo eccedere il passivo, soprattutto, come affermava Montvallon, se trattasi dei figliuoli della famiglia? Noi avvisiamo appunto così (Arg. dall'art. 530 C. com. — 322; Lebrun, *loc. supra cit.*; L. 49 ff. *de jure delib.* Montvallon, *delle Success.*, cap. IV, art. 49 e 20; Davot e Bannelier, lib. III, tit. V, art. 44 o 45).

479. — Del resto abbiamo già osservato che, nel corso dei termini per distendere inventario o deliberare, può accadere che l'eredità, val dire il capace di succedere, abiti in una casa dipendente dalla eredità e si alimenti delle esistenti provvigioni, *rescendi causa*, senza doverse ne contro di lui inferire alcuna accettazione (L. 7, § 3, ff. *de jure delib.*; *ved.* il t. II, n. 423).

480. — B. La nostra seconda questione consiste nel conoscere se i creditori particolari dell'eredità beneficiario possono, sia in proprio nome, sia in nome dell'eredità loro debitore, sperimentare azioni qualsivogliano avverso la eredità (*supra*, a. 476).

Nè la dottrina nè la giurisprudenza sembrano su tal punto molto ferme e stabili; e soa apparse in campo tre opinioni:

1. La prima insegna che i creditori particolari dell'eredità non possono esercitare alcuna azione avverso i beni ereditarii, nè direttamente, perchè i beni medesimi non sono lor pegno, fino a quando i creditori della eredità ed i legatarii non vengano soddisfatti.

ti; nè direttamente dal debitore, « perchè il creditore non può esercitare i diritti e le azioni attribuiti ad una qualità affatto personale al debitore, come la qualità di gerente, sindaco o amministratore; avvegnachè i diritti medesimi sorgono da mandato, che il solo mandatario ha carattere e capacità per far valere nella latitudine dei suoi poteri: »

È questa la dottrina sancita con una decisione della Corte di Parigi, onde si è statuito che il creditore particolare dell'erede beneficiario non poteva appellare, in nome del debitore, da sentenza emessa contro costui, ammettendolo nondimeno (mercè concessione la quale ci sembra pericolosa per la intera dottrina) ad intervenire nel giudizio ed eziandio formare opposizione di terzo in caso di fraudolenta collazione (Decis. 49 mar. 1850, Léguillon, Dev., 4850, II, 28).

II. Per contrario, a norma della seconda azione, i creditori particolari dell'erede beneficiario possono simultaneamente esercitare opinioni avverso la eredità, sia direttamente, sia in nome del loro debitore:

Direttamente, mercè sequestro presso terzo, ed eziandio mercè pignoramento di mobili ed immobili; avvegnachè i beni ereditarii, dicei, sono pure i beni dell'erede, e quindi formano il pegno dei suoi particolari creditori, salvo il diritto dei creditori della eredità di concorrere alla ripartizione del prezzo ed alla graduazione per esservi soddisfatti in preferenza;

In nome del loro debitore, a norma dell'art. 1466—1449 (Confr. decis. D. di Limoges 45 aprile 1831, Lornac, D. 4834, II, 452; Zachariae, Aubry & Rau, t. V, p. 208).

III. Da ultimo la terza opinione, che crediamo doversi suggerire, fa la seguente distinzione:

Essa non ammette i creditori particolari dell'erede beneficiario ad agire direttamente mercè sequestri sui beni della eredità; dappoichè è ciò, ei sembra, disconoscere la stessa base su cui poggia il beneficio dello inventario, val dire la distinzione dei due patrimoni (supra, n. 457-458);

Ma essa permette loro di esercitare, in nome e da parte dell'erede beneficiario, loro debitore, i diritti di costui su la eredità. Indubitabilmente i creditori non possono esercitare quei diritti del loro debitore esclusivamente attribuiti alla sua persona; ed in generale è questo il carattere di un mandato, e specialmente del mandato dei tutori, dei sinda-

ci, ec.; ma è mai vero esser questo il carattere del potere di amministrazione competente all'erede beneficiario? Noi non avvisiamo così: se è amministratore, è pure erede; è proprietario; anzi ravviseremo non esser ben fondato il sostenere averlo la legge costituito precisamente mandatario dei creditori della eredità, e dei legatarii (Confr. decis. C. di Douai 20 giugno 1842, Becq, Dev., 4843, II, 56; Tambour, p. 364).

180 bis.—Ma forse i creditori particolari dell'erede potranno dimandare di essere soddisfatti sul prezzo dei beni della eredità?

L'affermativa venne sancita dalla Corte di Limoges con la su riferita decisione supra, n. 180).

Non pertanto cotesta dottrina può dar luogo ad obiezioni sommamente gravi; per modo che, a parer nostro, tornerebbe impossibile lo ammetterla in termini cotanto assoluti.

In vero l'erede beneficiario può adoperare a suo particolar vantaggio, pel pagamento dei suoi debiti o diversamente, i beni della eredità sol dopo soddisfatti i creditori del defunto ed i legatarii;

Or, da un lato, i creditori particolari dell'erede beneficiario non hanno, se non beni ereditarii; diritti maggiori dello stesso erede, loro debitore, di cui sono gli aventi causa; e d'altro lato non possono privarlo del beneficio dello inventario, nè astringerlo a divenire, suo malgrado, erede puro e semplice;

Dunque i creditori particolari dell'erede beneficiario possono dimandare vonir soddisfatti su' beni ereditarii sol dopo soddisfatti i creditori di questa eredità ed i legatarii.

Tale illazione è ineluttabile per massima; e se di fatti l'erede beneficiario agisce per la liquidazione della eredità, se vende i mobili e gl'immobili, ad obbietto di soddisfare i creditori ed i legatarii, o se costoro medesimi formino opposizioni o facciano procedimenti, altamente giuridica e ragionevole è la dottrina, la quale vuole che i creditori particolari dell'erede attendino il risultamento di siffatta liquidazione.

In tal situazione non ammettiamo la dottrina della Corte di Limoges.

Ma per contrario supponiamo che i creditori della eredità e i legatarii rimangano nella inazione, viennaggiornenti quando non sieno vi creditori nè legatarii noti.

Dunque è forse mestieri statuire ancora i creditori particolari dell'erede beneficiario do-

ver rimanere inerti, senza poter toccare i beni ereditarij?

Sì, forse si sosterrà! nè i testi nè i principi comportano alcuna distinzione; se non vi sieno attualmente creditori o legatarij noti, possono scoprirsi dappoi, ed in ultima analisi, dopo il più lungo periodo della prescrizione, quello di trenta anni, i beni della eredità possono addivenire pegno de'creditori particolari dell'erede.

Ma a dir vero è ciò mai possibile?

Come! lasceremo l'erede beneficiato in possesso e godimento di tutti i beni della eredità val dire forse in mezzo a dovizioso patrimonio, al cospetto de' suoi particolari creditori non soddisfatti!

Ma con tal sistema tutti i creditori insolvibili cui sarà devoluta una vantaggiosa eredità, non mancheranno accettarla col beneficio dello inventario, per conservarne il godimento e sottrarla a'loro creditori!

Non sapremmo ammettere similianti conseguenze; ed avvisiamo competere a' magistrati lo statuire, secondo le circostanze, se i creditori particolari dell'erede beneficiato possano o pur no domandare venir soddisfatti sul prezzo de' beni ereditarij: il tempo più o meno lungo decorso dopo l'apertura della successione, il numero e l'importanza più o meno considerevole de' erediti ereditarij già estinti, la importanza più o meno grave dell'attivo rimasto disponibile, la professione e le abitudini del *de cuius*, ec., tali saranno i principali elementi di decidere, secondo i quali i magistrati dovranno valutare gli eventi, le probabilità, le verosimiglianze sul punto se possano esservi ancora creditori della eredità; e potranno quindi, secondo i casi, sia autorizzare l'erede beneficiato, altrimenti, a non soddisfare i suoi creditori particolari col danaro ereditario, sia asstringerlo, con l'obbligo di costoro di dar cauzione di restituire, se vi sia luogo, il danaro da essi ricevuto, ovvero senza alcun obbligo di tal genere. Di fatti troviamo in più circostanze analoghe questo modo di procedere indicato o piuttosto stabilito dalla stessa legge (confr. art. 1653 — 1499 o segnatamente articolo 2161 — 2058).

È questa la dottrina che ci sembra migliore per conciliare i principj qui in conflitto.

Ad evidenza lo intendimento del legislatore non ha mirato a tal situazione: ha supposto indubitabilmente che il beneficio dello inventario era uno stato di liquidazione, e che

i creditori particolari dell'erede non dovrebbero mai attendere lungo tempo: si può rimanere maravigliato di questa preoccupazione del legislatore; dappoiè precisamente egli non ha imposto all'erede beneficiato l'obbligo di liquidare la eredità: è questo per l'erede non un dovere, ma soltanto una facoltà!

Chechè ne sia la nostra legge trovasi scritta così; e la imperfezione ne è tale, sotto questo rapporto, che torna, a parer nostro, indispensabile apportarvi, mercè la interpretazione, il temperamento da noi additato.

Sarà segnatamente necessario questo temperamento, se si ammetta con la giurisprudenza, che il beneficio dello inventario produca, a pro de'creditori della eredità e dei legatarij, la separazione de' patrimoni come diritto acquisito, che l'erede non può toglier loro: la nostra attuale ipotesi è pure un argomento di più avverso questa giurisprudenza; dappoiè il sistema da essa sancito indefinitamente perpetua tal situazione, impedendo all'erede beneficiato di porvi termine col rendersi crede puro e semplice, anche quando gli venga dimostrato non esservi creditori nè legatarij, o l'attivo rimasto gli sia irrevocabilmente assicurato (ved. eziandio *infra*, n. 348 bis.)

II.

I diritti dell'erede beneficiato avverso la eredità, a reciprocamente i diritti dello eredità, avverso l'erede beneficiato non estinguenti per confusione.

SOMMARIO.

181. — L'accettazione col beneficio dello inventario osta alla estinzione mercè confusione de' diritti dell'erede avverso la eredità, e reciprocamente de' diritti della eredità, avverso l'erede.

182. — Continuazione.

183. — Continuazione. — L'erede beneficiato può sperimentare il diritto di maggiore offerta, anche quando avesse figurato nell'aggiudicazione nella sua qualità di erede.

184. — Può l'erede, nella sua qualità di creditore, far pignorare e vendere i beni ereditarij nelle forme della vendita dietro pignoramento?

185. — L'erede beneficiato può esercitare, avverso la eredità un'azione di ricompra, un'azione di nullità di un contratto da lui concluso col defunto, ec.

186. — Può forse far dichiarare il fallimento del defunto?

187. — Gli atti in prima scrittura del defunto han data certa avverso l'erede beneficiato, nulla sua qualità di creditore, ne' casi contemplati coo l'art. 1328.

188. — Nulla osta all'erede beneficiato di acquistare novelli diritti avverso la eredità: quindi trovarsi surrogato di pieno diritto ne' privilegi ed ipoteche del creditore della eredità soddisfatto di proprio danaro.

189. — Continuazione.

190. — L'erede beneficiario può forse acquistare crediti avverso la eredità?

190 bis. — Continuazione. — Può forse concludere, di suo conto e a suo particolare vantaggio, contratti relativamente a beni ereditari?

190 ter. — Quid circa il retratto successorio ed il retratto litigioso?

191. — Può forse, in tutti i casi, rendersi aggiudicatario dei beni della eredità?

191 bis. — Ha forse diritto di purga?

192. — La eredità può opporre all'erede beneficiario, il quale agisca contro di essa in qualità di creditore, tutti i mezzi onde la sua azione è suscettiva di venire rigettata. — Esempio.

193. — Non solo contro la stessa eredità l'erede beneficiario conserva i suoi diritti, ma li conserva eziandio contro i terzi. — Esempio.

194. — Continuazione. — L'erede beneficiario può rivendicare contro il terzo compratore la propria cosa venduta dal *de cuius*.

195. — I terzi, creditori particolari dell'erede beneficiario, non possono opporgli la compensazione i crediti che egli medesimo vanta contro la eredità.

196. — Altronde l'erede beneficiario può, come un estraneo, cedere e trasferire i suoi diritti avverso la eredità.

197. Può parimenti esso medesimo sperimentare. Ma avverso di chi verrà sperimentata la sua azione?

198. — Continuazione.

199. — Continuazione.

200. — Quid, se si trattasse di azione da sperimentare, in nome della eredità, avverso l'erede beneficiario?

201. — La prescrizione non decorre avverso l'erede beneficiario riguardo ai crediti da lui vantati avverso la eredità. — Per qual motivo?

202. — Continuazione.

203. — Continuazione. — La sospensione della prescrizione comincia forse retroattivamente dal giorno dell'apertura della successione? Il vero per contrario comincia dal giorno dell'accettazione col beneficio dello inventario?

204. — La prescrizione decorre forse contro la eredità riguardo ai crediti da essa vantati avverso l'erede beneficiario?

481. — A norma dell'art. 802—719 non degli effetti del beneficio dello inventario si è lo attribuire all'erede il vantaggio « di conservare contro la eredità il diritto di chiedere il pagamento dei suoi crediti. »

Pothier osservava con molta sagacia che questo secondo effetto del beneficio dello inventario è esso medesimo una conseguenza del primo, a norma di cui l'erede non è tenuto, sui propri beni, dei debiti del defunto: dappoiché è manifesto che pagherebbe, coi propri beni, i debiti di cui il defunto era tenuto verso di lui, se i debiti medesimi si estingueressero, in suo detrimento ed a pro del-

la eredità, mercè la sua accettazione col beneficio dello inventario (*Delle Success.*, capitolo III, sez. III, art. 41; § 7).

Dunque conserva, come terzo, i suoi crediti, e, più generalmente, tutti i suoi diritti, sia personali, sia reali, d'ipoteca, servitù ed altri avverso la eredità.

Del pari che, reciprocamente, la eredità conserva contro di lui tutti i suoi crediti e tutti i suoi diritti personali e reali.

Questa seconda proposizione ad evidenza trovasi pur compresa nell'art. 802: i due patrimoni essendo distinti, la confusione non può però seguire da una parte né dall'altra, né attivamente, né passivamente: la eredità non debbe soddisfare i debiti dell'erede beneficiario del pari che l'erede beneficiario non debbe soddisfare i debiti della eredità (articolo 1300—1254; *Ved.* il tomo II, numero 512—513).

482. — Dunque l'erede beneficiario potrà, se sia creditore chirografario, concorrere nella distribuzione per contributo per venire soddisfatto *pro rata* con gli altri creditori; e, se sia creditore ipotecario, farsi graduare (confr. arresto C. cass. 40 lug. 1844, Fourment, Dev., 1844, I, 593; Bourjon, *Dritto com. della Francia*, L. III. tit. XVII, capitolo XII, s. VII, n. 351—352).

In somma la regola si è dover avere, in qualità di creditore, gli stessi diritti degli altri creditori ereditarij.

« Si vero, disponeva Giustiniano, *et ipse contra defunctum habeat actiones, non hæc confunduntur; sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam.* » (L. 22, Cod., *de jure deliber.*)

483. — Conseguentemente nulla impedisce che egli, come creditore ipotecario, eserciti il diritto di maggiore offerta; eziandio nel caso in cui avesse, nella sua qualità di erede beneficiario, figurato nell'aggiudicazione (*infra*, n. 491).

La Corte di Caen statui in tal guisa con la seguente decisione motivata in notevole modo:

« Considerando che egli non perde i suoi diritti per l'unico motivo di figurare nella vendita dei beni ereditarij; che in tal caso agisce come mandatario incaricato dalla legge dell'amministrazione, e che non è personalmente garante degli atti da lui fatti a questo titolo; considerando che di fatti rinvengonsi in lui due qualità, ed in eorta guisa due persone perfettamente distinte: 4° l'amministratore, incaricato, come tale, di ricevere, pa-

gare, vendere, ec. (art. 803—720); 2° il creditore, il quale, come tale, rimane in tutti i suoi dritti, come se fosse estraneo alla eredità (art. 802—749); e se, atteso gli atti cni la prima qualità lo astringe, si potesse impedirgli di esercitare le azioni conferitegli dalla seconda, spesso renderebbesi illusorio il beneficio della non confusione, conferitogli dalla legge, ponendolo nell'alternativa, o di mancare ai suoi doveri come amministratore, o mettere a repentaglio i suoi interessi come creditore; — Considerando che indarno obbietti che, essendo l'erede beneficiario presente all'aggiudicazione, o almeno informato che debba aver luogo, trovasi messo in grado di fare maggiore offerta immediatamente, qualora creda che i beni non sieno ascesi al pieno lor valore; allora può non conoscere esattamente lo stato ipotecario, e se il suo credito potrà o pur no venire utilmente graduato; può altresì non avere in questo momento i mezzi di acquistare: del rimanente la stessa obiezione potrebbe farsi al creditore, il quale abbia agito per la spropriazione dei beni del debitore, al sindaco, il quale abbia agito per la vendita dei beni del fallito; e nondimeno non viene oppugnato che abbiano diritto di fare maggiore offerta*, in conformità degli art. 740 C. pr. — 794 e 573 C. com. — 567. . . » Decis. 23 ag. 4839, Lemoine, Dev. 4840, II, 114; aggiungete arresto C. cass. 26 apr. 4852, Siau, Dev., 4852, I, 543; Pothier, nota 1 su l'art. CCCXLIII della Cons. di Orleans; Duvergier sopra Toullier, tomo II, n. 376, nota a).

184. — Tali motivi menerebbero forse a statuire altresì che l'erede beneficiario può, nella sua qualità di creditore, far pignorare e vendere i beni della eredità nelle forme della vendita dietro pignoramento; e di fatti tal'è il sentimento di Fouquet (*Enciclop. del Dritto*, v. *Benef. d'invest.*, num. 74; agg. Bilhard, numero 80; ved. pure *infra* numero 228).

Non pertanto la Corte di Tolosa gliene ha negato il dritto (Decis. 47 marzo 4827, Mezan, Sirey, 1827, II, 226).

Quella decisione poggia su la circostanza esser l'erede beneficiario tenuto a render conto; ma questa ragione basta forse a giustificare lo impedimento che arreca in tal caso allo esercizio del suo dritto particolare di creditore? noi non avvisiamo così:

Ciò che ci pare meglio fondato si è lo affermare che, avendo la legge offerto all'erede

beneficiario uno special modo di vendita, gli ha, per la ragione medesima virtualmente inibito di adoperarne altro (art. 806 C. Nap. — 724, e 988 C. pr. — 1064).

È già controversa quistione quella se gli altri creditori possono far pignorare e vendere i beni ereditarii (*infra*, n. 229).

Ma, circa lo stesso erede beneficiario, cui la legge concede un mezzo particolare di conseguire i valori ereditarii, ci parrebbe cosa contraddittoria il potere, eziandio nella sua qualità di creditore, adoperare altro e ricorrere ai mezzi ordinarii di esecuzione.

185. — Altronde conservando l'erede beneficiario, come avvertimmo, tutte le azioni che aveva contro il defunto, torna indubitato non potere esercitare, per esempio, avverso la eredità un'azione di nullità o rescissione di un contratto da lui conchiuso col *de cujus*, ec.

186. — Similmente avrebbe dritto di far dichiarare, se vi fosse luogo, il fallimento del defunto (artic. 537. C. com. — 429; Tamhour, p. 314).

187. — Gli atti in privata scrittura sottoscritti dal defunto neppur potrebbero avere data certa avverso l'erede beneficiario, nella sua qualità di creditore, se non a computare dal giorno della morte, se altronde non fossero stati registrati o enunciati in atti autentici (confr. art. 4329—4282; arresto C. cass. 22 giugno 4818, Besson, Sirey, 4849, I, 414; Zachariae Aubry o Rau, t. V, p. 496).

188. — Non solo l'erede beneficiario conserva i dritti anteriori e preesistenti che aveva contro il defunto; ma nulla osta allo acquistare egli novelli dritti avverso la eredità.

Quindi la stessa legge stabilisce di pieno dritto la surrogazione a suo pro, quando abbia pagato di proprio danaro i debiti ereditarii (art. 4251, 4^a comma — 4204).

Cotesta surrogazione, della quale torneremo a ragionare a suo luogo, eraglisi già conceduta dal nostro antico dritto, « come sommamente giusta e necessaria, insegnava Lebrun, per incoraggiarlo a disbrigare al più presto possibile gli affari della eredità; » e veniva fondata altresì, con molta ragione, sul motivo « che egli fa tali pagamenti per rinviare il suo dritto e renderlo più vantaggioso, come il creditore posteriore che soddisfa l'antecedente. » Lib. III, cap. IV, n. 49).

189. — Altronde il beneficio della surrogazione legale compete all'erede beneficiario.

senza distinguere se trattisi di pagamento volontario o pagamento forzato; avvegnachè l'art. 4251 non fa veruna distinzione.

Ed è pur certo nello intendimento del legislatore comprendere i legati sotto la generica denominazione di *debiti ereditarii*; per modo che l'erede beneficiario, il quale paghi i legatarii, rimane surrogato al pari di chi paghi i ereditori (confr. Duranton, t. VII, n° 48; Tambour, p. 309).

490. — Anzi, a parer nostro, l'erede beneficiario può acquistare crediti avverso la eredità.

Da un lato di fatti nessun articolo glielo vieta, come fa l'art. 450—373 riguardo al tutore;

E d'altro lato la situazione dell'erede beneficiario è sommamente diversa da quella del tutore; dappoichè ammettendo purè (la qual cosa è oppugnabilissima, *infra*, n. 228) che debbasi considerare come mandatario de' ereditori, circa l'amministrazione, torna indubitato che egli conservi la propria personalità ed il suo patrimonio distinto dal patrimonio della eredità.

490 bis. — Laonde, nella nostra antica giurisprudenza, con parecchi giudicati venne stabilito che l'erede beneficiario poteva conservare per lui il vantaggio de' contratti da esso conclusi, per proprio conto, con ereditori della eredità, e per effetto di cui i ereditori medesimi gli avevano fatto remissione di una parte de' loro diritti (confr. Davot e Baulnolier, t. III. lib. III, trattato V, cap. XIX, n° 47 e scg.)

Nondimeno è uopo confessare potersi desumere una obbiezione alquanto grave dall'erede beneficiario incaricato di amministrare i beni ereditarii e di dovere render conto della sua amministrazione a' ereditori ed ai legatarii (art. 803—720). Non conseguita forse da ciò essere incaricato di amministrare, in nome della stessa eredità, e nel comune interesse di tutti coloro che vi hanno diritto?

Tale obbiezione erasi fatta pure un tempo. Davot afferma che gli altri ereditori di fatti pretendevano che le remissioni e vantaggi de' contratti medesimi dovessero tornare a pro di tutti, e che anzi eranvi autori i quali così dividevano.

« Ma io stimo, egli soggiugne, che la opposita usanza di Provenza trovandosi bene fondata in ragione, debba venire pienamente osservata. Qual documento ne emerge mai per

le altre parti interessate nel beneficio dello inventario? *Quas invidia!* »

490 ter. — È nopo forse applicare questa dottrina al retratto successorio ed al retratto di diritti litigiosi?

In altri termini l'erede beneficiario può forse esercitare, per conto suo e suo particular vantaggio, sia il retratto de' diritti ereditarii ceduti dal coerede (art. 841—760), sia il retratto di diritti litigiosi ceduti da un terzo avverso la eredità? (Art. 1699—1545).

Tal quistione è affatto diversa.

Di fatti l'erede può conchiudere contratti per suo particular conto, relativamente a' beni ereditarii, nella sola qualità a lui competente, sotto alcuni rapporti, di terzo estraneo alla eredità; e conseguentemente può fare unicamente quei contratti che il terzo estraneo potrebbe fare;

Or il terzo estraneo alla eredità non potrebbe esercitare il retratto di una cessione di diritti ereditarii nè di una cessione di diritti litigiosi;

Dunque l'erede beneficiario neppure può esercitare questi retratti per suo particular conto.

Cotesto sillogismo ci sembra formale; e particolarmente circa il retratto di diritti litigiosi ceduti avverso la eredità, nulla scorgiamo potervisi rispondere:

La facoltà di esercitare il retratto di diritti litigiosi viene di fatti conceduta dalla legge al debitore o al possessore della eredità sottoposta al diritto litigioso (art. 1699, 4701—1545, 1547); or qui il debitore o il possessore non è personalmente lo stesso erede, sì bene la eredità! e la prova si è che se l'erede beneficiario avesse fatto l'abbandono dei beni ereditarii a' ereditori ed a' legatarii, precisamente a costoro competerebbe la facoltà del retratto; dunque la conseguenza debbe esserne che lo stesso erede beneficiario potrebbe esercitare il retratto di diritti litigiosi soltanto in nome e nello interesse della eredità.

La soluzione non debbe forse essere del pari la stessa circa lo esercizio del retratto successorio?

L'affermativa sarebbe primamente ineluttabile, se si trattasse di retratto successorio da esercitare in una eredità spettata allo stesso, *de cuius*, morto prima della divisione, ed il quale formasse parte della propria eredità: è manifesto che in questo caso la facoltà di esercitare il retratto successorio compete alla

stessa eredità accettata col beneficio dello inventario, e che quindi precisamente in qualità di erede beneficiario ed amministratore della eredità potrà l'erede esercitarla.

Dunque l'unica ipotesi nella quale potrebbe sorgere il dubbio è quella in cui l'erede beneficiario volesse esercitare, in proprio nome e per suo conto, il retratto successorio contro il cessionario di uno de' suoi coeredi nella eredità da lui accettata col beneficio dello inventario; ma avvisiamo che, eziandio in tal caso, la facoltà del retratto compete alla stessa eredità, e che l'erede beneficiario, il quale può esercitarlo nella sua qualità di erede, non potrebbe conseguentemente esercitarlo per conto suo, e, se posso così esprimermi, fuori della eredità.

Per tal motivo, costituendo l'esercizio di questi retratti un atto di gestione nello interesse della stessa eredità, si è più volte statuito questo esercizio non produrre avverso l'erede decadenza dal beneficio dello inventario: noi stessi avviseremmo così, aggiungendo nondimeno che l'erede beneficiario agirebbe con prudenza dimandando, in tali casi, l'autorizzazione del giudice (confr. *infra*, n. 261 e seg.; decis. C. di Grenoble 4 giugno 1836, Brachet, *Dev.*, 1837, II, 409; di Limoges 13 lug. 1844, Billac, *Dov.*, 1845, II, 507; di Montpellier 8 giugno 1848, Alaux, *Dev.*, 1849, II, 279; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 165 e 206.)

191. — Avvisiamo parimenti che l'erede beneficiario può in tutti i casi rendersi aggiudicatario de' beni ereditari (*supra*, n. 183.)

Tal era il sentimento di Pothier (*delle Success.*, cap. III, sez. III, art. 2, § 1.)

E nessun testo, nel nostro novello diritto, osteggia siffatta soluzione, eminentemente unisua alla ragione ed alla equità, la quale permette all'erede beneficiario di conservare beni di famiglia cui può attribuire un prezzo di affezione; diciamo di conservarli; dappoi ché di fatti il principio si è conservare allora anziché nequistare: quindi l'aggiudicazione a suo pro non dà luogo a diritto di mutazione (confr. Pothier *supra*; Merlin, *Quist. di Diritto*, v. *Beni proprii*, § 2, n. 5.)

Obbietterassi forse assumere simultaneamente la veste di venditore e compratore? E ben verò una ragione si è rinvenirsi in lui due qualità o piuttosto due persone: è venditore nella sua qualità di erede beneficiario; ma può essere compratore in qualità di terzo, conservando con questo titolo la sua distinta

individualità ed il suo particolare patrimonio separato dal patrimonio della eredità.

Nalladimeno dobbiamo aggiungere cotesta soluzione non venire unanimemente accolta.

Laonde Delvincourt permette all'erede beneficiario rendersi aggiudicatario sol quando i beni sieno venduti ad istanza de' creditori o dell'erede, ma allora a condizione che i creditori sieno presenti o debitamente chiamati. In caso opposto quello autore, temendo le frodi e lo allontanamento degli obblatori da parte dell'erede, lo considera qual mandatario incaricato di vendere, cui l'art. 4396 — 1441 vieta rendersi aggiudicatario (t. II, p. 32, nota 6; agg. Taulier, t. III, p. 263);

Mentre altri per contrario, in senso affatto inverso, non gli permettono rendersi aggiudicatario, nel caso in cui si proceda alla vendita contro di lui da un ereditore della eredità; e poggiasi tal soluzione su l'art. 711 C. pr. — 795, il quale vieta a' patrocinatori di rendersi obblatori pel debitor pignorato (confr. decis. C. di Pau 2 ag. 1844, Maudron, *Dev.*, 1845, II, 476.)

Ma nè l'uno nè l'altro temperamento ci sembrano ammissibili.

Primieramente è indubitato tornare l'art. 711 inapplicabile all'erede beneficiario tanto in conformità del suo testo quanto in conformità de' suoi motivi: in conformità del suo testo; dappoi ché parla del *debitor pignorato*; or l'erede beneficiario, non essendo personalmente tenuto de' debiti della eredità, non reputasi *debitor pignorato*; — in conformità de' suoi motivi; dappoi ché il divieto al *debitor pignorato* di rendersi aggiudicatario trae origine dalla presunzione della sua insolubilità; or nessuna presunzione d'insolubilità ha luogo personalmente avverso l'erede beneficiario.

E, circa la distinzione suggerita da Delvincourt, non rinvie effettivamente alcuna base nella legge; avvegnaché la legge non astringe l'erede beneficiario a chiamare i creditori alla vendita; ed inoltre non rinvie alcuna base nella ragione; dappoi ché, se l'erede beneficiario andasse sottoposto a' detti dell'art. 4396, e se dovesse considerarsi qual mandatario incaricato di vendere, torna evidente che la presenza de' creditori alla vendita sarebbe all'obbietto sommamente indifferente e non potrebbe sottrarlo all'applicazione dell'art. 4396. Altronde conviene non dimenticare essere erede, val dire dovergli appartenere il residuo de' beni, ed avere quindi egli medesimo interesse al seguir la

vendita con vantaggiose condizioni (confr. Billard, n. 81; Tambour, p. 318; Rodière, *Comp. e Proced.*, t. II, p. 132; Duvergier, *de l'Endita*, t. I, n. 490; Vazille, *artic.* 806, n. 7; Taulier, t. VI, p. 39; Championnière e Rigaud, *de' Diritti di registro*, t. II, n. 2019).

491. bis — E, potendo l'erede beneficiario rendersi obblatore ed aggiudicatario come terzo estraneo, non discende pure la conseguenza aver diritto di purgare lo immobile da privilegi ed ipoteche onde trovasi gravato (nri. 2182—2076; confr. *Rivista critica di giur. pr.* 1856, p. 216, articolo di Labbé).

492. — Ben si comprende che la eredità, la quale conserva tutte le sue azioni, eziandio sotto la veste di attrice, avverso l'erede beneficiario, può a fortiori opporgli in qualità di convenuta, tutti i mezzi ed eccezioni onde la domanda, formata da lui, è suscettiva di venire rigettata.

Non pertanto osserviamo che, quando l'erede beneficiario agisca in qualità di creditore, la eredità non potrebbe opporgli mezzi desunti contro di lui dalla sua qualità di erede.

Laonde la Corte di cassazione statui che i coeredi dell'erede beneficiario non possono dimandare, avverso i creditori di costui, i quali, esercitando i diritti del loro debitore, chieggono avverso la eredità il pagamento delle somme ad esse dovute a questo ultimo, il pagamento di ciò che l'erede medesimo beneficiario debba alla eredità: « atteso che la collazione è dovuta soltanto da coerede a coerede . . . , e che allo esercizio dei diritti dei creditori non puossi opporre l'obbligo della collazione, ma la compensazione . . . » (Arresto 5 giugno 1849, sindaci Deesack, *Der.* 1849, I, 750).

I coeredi dell'erede beneficiario pretendono, nella specie, che gli altri creditori della eredità dovessero soddisfarsi prima dell'erede beneficiario, pel motivo che costui medesimo era debitore di somme non ancora liquidate, è ben vero, ma le quali, una volta liquidate, pareggerebbero almeno il suo credito.

È manifesto che tal pretensione arreca grave offesa al diritto competente all'erede beneficiario di dimandare avverso la eredità il pagamento del suo credito al par di ogni altro creditore; dappoichè se, mercè il risultato del conto, fosse, malgrado l'obbligo suo di collazione, creditore della eredità, gli

ДЕЛОМАЗ, Vol. VIII.

altri creditori sarebbero stati soddisfatti prima di lui; ed egli correva rischio di nulla rinvenire per soddisfare sè stesso!

Questo motivo dimostra, a parer nostro, che la distinzione, suggerita in una nota della Raccolta di Devilleneuve, non potrebbe venire ammessa.

A norma di quella nota il modo di decidere di quel giudicato avrebbe dovuto essere diverso, se l'azione in vece di sperimentarsi dai creditori dell'erede beneficiario, si fosse esercitata dallo stesso erede beneficiario.

Ma forse i creditori, agendo in nome del debitore, in conformità dell'art. 1166—1149, possono avere diritti maggiori del loro stesso debitore?

493. — Non solo avverso la stessa eredità direttamente l'erede beneficiario conserva tutti i suoi diritti; ma altresì avverso i terzi; e può esercitarli anche quando la sua azione avesse per risultato di dar luogo a pro del terzo convenuto in giudizio da lui, a regresso in garanzia avverso la eredità. Egli non debbe temere l'applicazione della massima: *Eum quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*; avvegna- ché precisamente eum non tenet actio, dappoichè, non essendo tenuto sui beni suoi particolari dei debiti del defunto, non è garante dei fatti suoi; questa garanzia è indubitabilmente dovuta, ma soltanto dalla eredità; e contro la sola eredità dovranno i terzi sperimentarla.

Laonde l'erede beneficiario può sperimentare l'azione ipotecaria avverso i terzi possessori dell'immobile ipotecati al suo credito;

Ovvero praticare procedimenti contro il fidejussore procacciato dal suo autore (confr. arresto C. cass. 4 dic. 1812, Tarris, *Sirey*, 1814, I, 459; l. XXII, § 9, *Cod. de jure deliber.*; Toullicr, t. II, n. 357; Duranton, t. VII, n. 48; Chabot, art. 802, n. 2; Malpel, n. 221; Poujol, art. 873, n. 6; Tambour, p. 397; Billard, n. 99).

494. — Similmente ha diritto di rivendicare, contro il terzo compratore, la propria cosa venduta dal *de cuius* (ved. il tomo II, n. 514).

È ben vero che questa soluzione avea incontrato un tempo qualche difficoltà, e su tal proposito rammentavasi ciò che affermava Michele Grasso, « che conviene non immaginare essere il beneficio dello inventario un'erba la quale guarisca ogni morbo: non est herba betonica, quae prosit ad omnia. » (Lib. II, art. *Inventarium huered.*, quist.

21. confr. Lebrun, lib. III, cap. IV, n. 74).

Eziandio dopo la pubblicazione del Codice cotesta soluzione è stata proscritta (confr. dec. C. di Riom 13 dic. 1807, Sirey, 1813, II, 332).

Ma non pertanto già da lungo tempo, nella nostra antica giurisprudenza, il diritto di rivendicazione era stato ammesso nell'eredità beneficiata (confr. Lebrun, *supra*; Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, art. 2, § 7, ed Introd. al tit. XVII, della cons. di Orleans, n. 52).

E siffatta dottrina viene oggi, con somma ragione, generalmente accolta (confr. dec. C. di Aix 31 lug. 1828, Joubert, Sirey 1829, II, 258; di Grenoble 28 marzo 1835, Passard, Dev., 1836, II, 47; Delvincourt, t. II, p. 33, nota 2; Toullier, t. II, n. 357; Duranton, t. VII, n. 52; Chabot, art. 802, n. 2; Vazeille, art. 802, n. 1; Fout de Confians, art. 802, n. 6; Poujol, art. 873, n. 5; Bilhard, n. 99 e seg.; Fouquet, *Enciclop. del Diritto*, v. *Benef. d'invent.*, n. 79; Duvergier, *della Vendita*, t. I, n. 350; Troplong, *della Vendita*, t. I, n. 447; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 497; Massé e Vergé, t. II, p. 344).

495.—Per effetto dello stesso principio i terzi, debitori particolari dell'eredità beneficiata, non possono opporgli in compensazione i crediti, che essi medesimi vantassero contro la eredità (confr. art. 1304—1254; Merlin, *Rep.*, v. *Compensazione*, § 3, n. 6).

496.—L'eredità beneficiata conservando così come un estraneo, i suoi particolari diritti, la conseguenza ne è ancora potere esercitarli nella stessa guisa di un estraneo (ved. nondimeno *supra*, n. 474).

Nulla osta, per esempio, al poter cedere altrui i suoi diritti ed azioni (confr. arresto C. cass. 4 die. 1839, Rabourdin, Dev., 1840, I, 478; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 355, nota b).

497.—Può parimenti però esso medesimo esercitarli, ed istituire, se vi sia luogo, avverso la eredità, giudiziari procedimenti (ved. nondimeno *supra*, n. 484).

Ma è stato nopo, per tali casi, fermare, indipendentemente dalla sua persona, una rappresentanza della eredità, dappoichè non può simultaneamente assumere i due oppositi caratteri di attore e convenuto; e trattasi qui, come affermava Lebrun, di salvare la più positiva delle incompatibilità quella cioè di agente e paziente! (Lib. III, cap. IV, n. 24).

Consequentemente, se vi sieno coeredi,

l'azione sua dovrà sperimentarsi precisamente contro di essi; dappoichè sono, nell'interesse della eredità, i suoi naturali contraddittori: se non abbia coeredi, o l'azione trovata istituita da tutti i coeredi, vi è luogo a destinare un curatore alla eredità accettata col beneficio dello inventario avverso il quale dovrà instituirsi l'azione.

Cotesta forma di procedere è cotanto naturale che trovavasi già fermata nel nostro antico diritto, per così dire, di per sè medesima, e per solo effetto dell'uso (confr. Lebrun, *supra*; dec. C. di Parigi 15 fiorile anno X, Sirey, 2, II, 175).

Ed il Codice di procedura l'ha positivamente ritenuta con l'art. 996—1072:

« Le azioni che l'eredità beneficiata volesse intentare contro l'eredità, saranno dirette « contro gli altri eredi: e se questi non « sistano, o che tali azioni sieno da tutti in- « tentate, esse dovranno promuoversi contra « un curatore della eredità beneficiata, il « quale sarà nominato nella stessa forma con « cui si deviene alla nomina del curatore di « una eredità giacente ».

498.—Tal forma di procedere non trovavasi altronde assolutamente imposta sotto pena di nullità.

E, per esempio, se l'eredità beneficiata avesse agito direttamente contro i creditori della eredità, la sentenza emessa in questo giudizio sarebbe al certo validissima.

Non pertanto è manifesto che, se tutti i creditori ed i legatari non fossero stati parti nel giudizio, la sentenza medesima avrebbe effetto unicamente riguardo a coloro i quali vi avessero figurato (art. 1354—1305; arresto C. cass. 40 dic. 1839, Donney, Dev., 1840, I, 92).

499.—Similmente non vi sarebbe luogo a destinare un curatore alla eredità accettata col beneficio dello inventario, qualora questa appartenesse ad un fallito.

L'art. 996 ha per iscopo di stabilire un rappresentante della eredità accettata col beneficio dello inventario, quando ne sia sornita: or in caso di fallimento i sindaci rappresentano simultaneamente gl'interessi del fallito e quelli della massa dei creditori: dunque lo scopo della legge trovavasi raggiunto; e quindi torna inutile rioccorrere ad altro provvedimento, il quale ammetterebbe il dispendio e complicherebbe l'amministrazione.

Così giudicò la Corte di Amiens con decisione, la quale, ad onta dell'opposto senti-

mento di Billhard (a. 53), ci sembra altamente giuridica (Decis. 41 feb. 1820, Jamin, Si-rcy, 4823, II, 229).

200.—La legge non ha contemplato il caso in cui l'azione dovesse per contrario sperimentarsi dalla eredità avverso l'erede beneficiario (ved. il su riferito art. 906; *supra*, n. 187).

Se vi sieno coeredi non incontrasi verun dubbio: è manifesto egliino appunto aver qualità per convenirla in giudizio; del pari che han qualità per difenderla dalle azioni che egli medesimo potrebbe istituire.

Ma che mai statuire se non vi sieno coeredi, o tutti i coeredi abbiano un medesimo interesse opposto allo interesse della eredità?

Demante insegna che in questo caso l'erede beneficiario dovendo trattare coi soli creditori, non evvi in generale interesse, e che conseguentemente non vi è luogo a farlo oppugnare da un curatore. « Le obbligazioni, cui va sottoposto, andranno comprese nel conto che dovrà rendere, senza potersi aep- pur temere che vengano estinte mercè prescrizione; dappoichè, nella sua qualità di amministratore, sarebbe responsabile per non avere esatto a *semetipso*. » (T. III, num. 123 bis, II).

In vero avvisiamo così; ma non pertanto è uopo aggiugnere che se i creditori avessero interesse allo sperimentarsi l'azione avverso l'erede beneficiario, temendo, a cagion di esempio, il deperimento delle prove, suscettive di dimostrare i dritti della eredità, o per ogni altro motivo, non potrebbero negar loro il dritto di agire essi medesimi o promuovere la nomina di un curatore (arg. dall'articolo 842 C. Nap. — 734, e 996 C. pr. — 4072).

201.—Dal potere l'erede beneficiario sperimentare azioni avverso la eredità parrebbe doversi desumere la conseguenza dover decorrenza la prescrizione avverso di lui, rispetto ai crediti che può vantare contro di essa.

E non pertanto una disposizione affatto opposta inviensi nell'art. 2258—2464 e 2465, il cui primo comma dichiara:

« La prescrizione non ha luogo contro l'erede beneficiario riguardo ai crediti che ha contro l'eredità. »

La qual disposizione non potrebbe quadi spiegarci mercè la massima *contra non valentem agere non currit praescriptio*, ma riavvicina sua base in altro principio, che appresso ci faremo a svolgere, cioè che colui il

quale possegga i beni, formanti il pegno del suo credito, non potrebbe in generale incorrere la prescrizione; dappoichè si presume godere per sè stesso, come insegnava Lebrun precisamente in proposito dell'erede beneficiario, e ciò dipende dal conto (lib. III, cap. IV, n. 25; confr. il nostro t. II, *Trattato dell'assenza*, numero 418).

202. — Nulladimeno osserviamo che se lo erede beneficiario abbia coeredi, la prescrizione decorre contro di lui riguardo alle porzioni del suo credito, che per la divisione dei debiti trovansi poste a carico dei suoi coeredi; senza doversi distinguere, a ereder nostro il tempo anteriore dal tempo posteriore alla divisione; avvegnachè, sia dal momento dell'apertura della successione, il debito venisse diviso di pieno dritto in tante quote quanti erano gli eredi.

L'opposto sentimento, professato da Vazeille (art. 802, n. 4), ci sembra dunque ostile agli art. 873 e 4220—794 o 4173, del pari che all'art. 2258, a norma di cui la sospensione della prescrizione è stabilita come conseguenza dei rapporti dell'erede beneficiario riguardo alla porzione della eredità spettatagli, e che possiede nella sua qualità di erede beneficiario: è da eccettuare per altro il caso in cui vi fosse stata interruzione della prescrizione, come se fosse stato riacquisito il debito nell'atto di divisione (articolo 2248—2454; confr. Troplong, *della Prescrizione*, t. II, numero 803; Chabot, art. 802; Tambour, p. 316).

303. — E pure procaccia quistione quella se la sospensione della prescrizione in questo caso principii retroattivamente dal giorno dell'apertura della successione, ovvero per contrario principii dal giorno dell'accettazione col beneficio dello inventario?

Per pretendere che la prescrizione sia rimasta sospesa a principiare da questa ultima epoca puossi invocare l'art. 2258—2466, il quale dichiara assolutamente che « la prescrizione corre ancora durante i tre mesi « per fare l'inventario, ed i quaranta giorni « per deliberare; » e puossi aggiugnere che il motivo stesso, su cui poggia la sospensione della prescrizione, nel caso contemplato con l'articolo 2258, cioè che l'erede beneficiario, presumendosi possedere i beni nel proprio interesse e per la conservazione dei suoi dritti, non abbisogna di formare atti d'interruzione contro sè stesso, non sussiste, quando l'erede non abbia ancora accettato col be-

nefizio dello inventario (confr. decis. C. di Limoges 16 marzo 1838, Poisle-Brulon, Dev., 1838-2-428; Tambour; p. 317).

Ma nulladimeno, in conformità dell'articolo 777—694, lo effetto dell'accettazione risale al giorno dell'apertura della successione; e questo articolo applicasi all'accettazione col beneficio dello inventario del pari che all'accettazione pura e semplice: or la questione se la prescrizione sia stata o pur no sospesa va annodata, come dimostrammo, a questo retroattivo effetto dell'accettazione (ved. il tomo II, n. 508): forse altronde lo stesso articolo 2258 non trovasi concepito in termini generali ed assoluti? (confr. Duranton, t. XXI, n. 316).

204. — Nessun testo di legge statuisce non decorrere la prescrizione, avverso la eredità, riguardo ai crediti da essa vantati contro l'erede beneficiario. Il motivo desunto dalla reciprocità non sarebbe sufficiente per estendere la disposizione dell'art. 2258 alla ipotesi precisamente inversa della ipotesi da esso contemplata; e siccome, a norma dell'articolo 2251—2157, la prescrizione decorre contro ogni persona, eccetto il caso di qualche eccezione stabilita dalla legge, così ne discenderebbe la conseguenza decorrere la prescrizione avverso la eredità a pro del'erede beneficiario.

In vero siffatta conseguenza parrebbe logicamente desunta; ma il male in ultima analisi non è grave; dappoiché l'erede, in qualità di amministratore della eredità, è tenuto sotto la sua personale responsabilità, d'interrompere la prescrizione; e quindi se venga statuito trovarsi incorsa la prescrizione a suo pro avverso la eredità, egli medesimo dovrà indennizzare la eredità del danno che così lo avrà arrecato per colpa sua (confr. il nostro tomo II, *Trattato dell'assenza*, numero 125 bis, III).

III.

L'erede beneficiario può esimersi dal pagamento de' debiti con lo abbandonare tutti i beni ereditarij a' creditori e legatarij

SOMMARIO.

205. — Per qual ragione l'erede beneficiario può fare a' creditori ed a' legatarij l'abbandono de' beni ereditarij?

206. — Molte incertezze a discordanza rinvenivansi nel nostro antico diritto, intorno al carattere ed agli effetti di tale abbandono.

207. — Le stesse controversie continuò a sussistere sotto l'impero del Codice.—Importanza di siffatta controversia, e conseguenti diverse dell'una o dell'altra soluzione.

208. — Continuazione. — Qual soluzione debbe oggi emettersi su tal controversia?

209. — La stessa soluzione è applicabile al caso in cui l'accettazione col beneficio dello inventario sia stata necessaria, come quando la eredità sia spottata al minore o all'interdetto.

210. — La facoltà di abbandono, concessa dall'art. 802, compete ad ogni erede beneficiario, e conseguentemente, quando sieno più, a ciascun di essi separatamente.

211. — L'abbandono debbe comprender tutti i beni ereditarij.

212. — Continuazione.

213. — Continuazione. — Rimando.

214. — L'abbandono debbesi fare a tutti i ereditarij ed a tutti i legatarij. — *Quid* se si fosse fatto a taluni di essi?

215. — In qual modo debbesi far l'abbandono?

216. — Continuazione.

217. — L'erede beneficiario ed i creditori a legatarij possono fare, per l'abbandono medesimo, quelle convenzioni che sianno opportune.

218. — *Quid*, se non giungano a patti di accordo?

219. — Continuazione. — In qual modo i beni abbandonati deggionsi amministrare?

220. — Continuazione.

221. — Le azioni de' creditori della eredità e de' legatarij debbono sperimentarsi contro l'erede beneficiario non ostante l'abbandono da lui fatto?

222. — Delle regole a norma di cui i beni abbandonati deggionsi amministrare.

223. — *Quid* se le regole medesime non sieno osservate?

224. — L'erede beneficiario può forse riprendere i beni da lui abbandonati?

205. — A norma dell'art. 802—719 il beneficio dello inventario attribuisce all'erede il vantaggio di « potere liberarsi dal pagamento de' debiti con l'abbandonare tutti i beni dell'eredità a' creditori ed a' legatarij. »

In vero potendo l'erede beneficiario venire astretto soltanto su' beni ereditarij, è tenuto in certa guisa *propter rem*, e come possessore de' beni della eredità; da ciò si è desunto potere, come in generale il semplice possessore, liberarsi da' procedimenti mercè l'abbandono.

Ed in tal guisa per lo appunto questo novello effetto del beneficio dello inventario è di per sé ancora una conseguenza del primo (*supra*, n. 481; confr. Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, art. 41, § 8).

206. — Molte discrepanze ed incertezze esistevano un tempo, nella dottrina e nella giurisprudenza, circa il carattere e gli effetti dell'abbandono che l'erede beneficiario poteva fare dei beni della eredità.

Alcuni riguardavano siffatto abbandono come vera rinunzia; e troppo erroneamente, a parer nostro, invocavano le espressioni adoperate nel § 13 della legge 22 del Codice *de jure deliberando: cum liceat odire haereditatem et ab ea sine damno discedere...*; troppo erroneamente diciamo; avvegnachè tali espressioni dinotano nella legge semplicemente che l'erede non debba temere che la sua accettazione col beneficio dello inventario gli arrechi onore, *sine damno discedere*, val dire che se ne caverà, se lice così esprimersi, senza perdita, ma non già che potrà rinunziare dopo avere accettato l'erede nulladimeno tale pareva essere la idea predominante nei paesi di dritto scritto, dove divisavasi, come afferma Denizart, « che la rinunzia dell'erede beneficiato assolutamente cancella la qualità di erede; » comunque l'ordinanza del 1629 (art. 428), la quale opponevasi alla rinunzia, non venisse osservata nel parlamento di Tolosa, nè nel parlamento di Bordò (v. *Benef. d' invent.*, n. 32; Serres, *Inst.*, lib. II, tit. XIX, § 5; confr. pure Lebrun, lib. III, cap. IV, n. 34, 35 e 72, e cap. VIII, sez. II, n. 39; Furgole, cap. X, n. 72).

Altri, facendosi scudo della massima *semel haeres, semper haeres*, sostenevano che l'abbandono medesimo non era una vera rinunzia, e che aveva unicamente per obbietto e risultamento lo esonerare l'erede beneficiato dall'amministrazione dei beni ereditari verso i creditori ed i legatari. Cotesta dottrina era la più invalsa nei paesi consuetudinari; e segnatamente Pothier lo insegnava con molta precisione, soggiugnendo trovarsi sancita con decisione del 1682 (della *Success.*, *supra*; introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 53; ved. ezian dio Bacquet, *Des dritti giudiziali*, cap. XV, n. 34).

Nondimeno è uopo convenire che la giurisprudenza offeriva su questo punto poca stabilità e che altri giudicati eransi emessi in senso opposto.

207. — La stessa controversia si è rincesa sotto l'impero del Codice; e si è mossa questione se l'abbandono permesso dall'articolo 802 fosse una vera rinunzia la quale cancellasse la stessa qualità di erede, o se per contrario producessero una semplice esonerazione dall'amministrazione, la quale non impedisse all'erede beneficiato di rimanere sempre erede.

La questione è sommamente importante; dappoichè le conseguenze dell'una o dell'al-

tra soluzione saranno assai diverse, come uu tempo.

Se di fatti si statuiscia che l'erede beneficiato possa effettivamente fare una rinunzia ne emergerà che, a norma dell'art. 785—702, si repulerà non essere stato mai erede; e conseguentemente:

1° Perderà ogni specie di dritto sui beni ereditari: la porzione sua accrescerà quello dei suoi coeredi, ovvero si trasmetterà, se sia solo, al grado susseguente (art. 786—703), per modo che non potrà pretendere il residuo dell'attivo dopo soddisfatti i debiti ed i legatari;

2° Egli non sarà più sottoposto in avvenire all'obbligo della collazione verso gli altri eredi, del pari che costoro non vi saranno soggetti verso di lui (art. 857—776);

3° Non potrà, se fosse erede riservatario agire per la riduzione avverso i donatari o legatari (art. 921—838);

4° Egli non dovrà alcun diritto di mutazione;

5° Finalmente sarà nopo, sino a quando la eredità, cui rinunziò, non venga conseguita, far procedere alla nomina di un curatore alla eredità giacente (art. 811—730).

Se per contrario venga statuito che l'erede beneficiato non possa rinunziare e conservi sempre, malgrado l'abbandono de' beni, la sua qualità di erede, nessuna di tali conseguenze potrà aver luogo; e pel converso emverrà affermare:

1° Che l'abbandono non dà luogo al diritto di accrescimento a pro de' suoi coeredi, nè al diritto di trasmissione a pro del grado susseguente; e che l'erede beneficiato ha diritto al residuo dell'attivo dopo soddisfatti i creditori ed i legatari;

2° Che non rimane liberato dall'obbligo della collazione, cui andò sottoposto verso i suoi coeredi per fatto della sua accettazione, del pari che essi medesimi non ne rimangono liberati verso di lui;

3° Che può sempre dimandare la riduzione delle liberalità lesive della sua riserva,

4° Che rimane sottoposto all'obbligo di soddisfare il diritto di mutazione;

5° Finalmente che non ovvi luogo alla nomina di un curatore alla eredità giacente.

209. — Ebbene adunque che mai è nopo statuire?

È sorto pure, dopo la promulgazione del Codice, un partito il quale ha preteso che lo abbandono permesso dall'art. 802 costitui-

va vera rinunzia; ed esso si è poggiato:

Sia su la ripartizione della sezione del beneficio dello inventario, in cui gli articoli i quali trattano de' termini per deliberare trovansi collocati dopo l'articolo relativo alla dichiarazione di accettazione col beneficio dello inventario: dalle quali cose si desume che tal dichiarazione, la quale non toglie il diritto di deliberare, neppur toglie quindi il diritto di rinunziare dietro deliberazione;

Sia su la stessa natura del beneficio dello inventario, il quale, affermarsi, unicamente stabilito nell'interesse dell'erede, non debbe procacciargli nocumento (confr. decis. C. di Lione 44 mag. 1813, Burdy, Sirey, 1813, II, 344, di Nanci 4 genn. 1827, Jaqueray, Sirey, 1827, II, 259; arresto C. cass. 6 giugno 1815 l'amm. del registro, Sirey, 1815, I, 319; aggiugnate altresì decis. C. di Borjò 47 feb. 1826, de Briançon, Sirey, 1826, II, 315; Toullier, t. II, n° 358; Bilbard, n° 136; Championnière e Rigaud, *de Diritti di registro*, t. I, n. 539—540).

Ma la opposta dottrina viene oggi generalmente ammessa; e con somma ragione a parer nostro:

1.° Di fatti lo stesso testo dell'art. 802 determina, nel modo più positivo, il carattere della facoltà da esso concessa all'erede beneficiario, il quale consiste nel liberarsi dal pagamento de' debiti con l'abbandonare tutti i beni dell'eredità a' creditori ed ai legatarii.

Siffatta compilazione è tanto più significativa in quanto che sembra indubitato essersi attinta nelle opere di Pothier, il quale aveva similmente insegnato che « tale abbandono, fatto dall'erede beneficiario, viene impropriamente denominato rinunzia alla eredità; dappoichè produce, egli dice, l'unico effetto di liberarlo verso i creditori (supra).

Circa l'argomento, desunto in senso opposto da Championnière e Rigaud dal ravvicinamento degli art. 793 e seg.—710, vi abbiamo già risposto, osservando nulla di simigliante doversi inferire dalla classificazione ben poco metodica di questi articoli (ved. il tomo II, n. 262 e 272).

2° La stessa natura del beneficio dello inventario non implica altronde menomamente che l'erede, dopo avere così accettato, conservi debba ancora la facoltà di rinunziare; e Lebrun rispondeva troppo convenientemente « che se dicesi in diritto ciascuno poter rinunziare al beneficio stabilito a suo pro, pos-

sene inferire semplicemente l'erede beneficiario poter rinunziare al beneficio dello inventario per dichiararsi erede puro e semplice; ma non puossene inferire poter egli rinunziare... » (supra).

Ed il vero si è non poterglisi, senza offesa a tutti i principj, permettere di rinunziare, dopo avere accettato anche col solo beneficio dello inventario: dappoichè tale accettazione l'ha del pari obbligato verso i suoi coeredi e tutti gli altri interessati; e non potevagli si permettere per solo fatto suo, ed a suo beneplacito, esonerarsi dalle proprie obbligazioni verso di essi!

È uopo anche ammettere esser già notabilissimo favore quello concedutogli di esonerarsi dall'amministrazione de' beni verso i creditori ed i legatarii; dappoichè forse avrebbe potuto affermare che, mercè la sua accettazione col beneficio dello inventario, aveva assunto verso di essi l'obbligazione di amministrare i beni della eredità e liquidarli; e questo appunto era il motivo per cui parecchi, nel nostro antico diritto, non volevano permettergli esonerarsene: tal era il divisamento di Loyseau, il quale imprese a dimostrare *quanti assurdi arrechi la opposta pratica osservata in alcuni luoghi (dell'Abbandono, t. IV, cap. I. n.° 14.)* Non pertanto si è permesso all'erede lo abbandonare siffatta amministrazione, considerandolo indubitabilmente qual mandatario o *negotiorum gestor*, il quale può liberamente rinunziare al disbrigo dell'affare da esso assunto in vece altrui, quando vi rinunzi in tempo opportuno (art. 1372, 1373, 2007—1326, 1327, 1879), ovvero piuttosto, a parer nostro, perchè non è, a dir vero, nel senso rigoroso di questo vocabolo, mandatario nè rappresentante dei creditori (infra, n° 228).

Cheecchè ne sia è sempre questo un favore già forse esorbitante! almeno non dovevasi estendere oltre questo limite.

Dunque concludiamo che l'erede beneficiario non può rinunziare al pari dell'erede puro e semplice, e che l'abbandono permesso dall'art. 802 è una specie di cessione di beni, il quale non ispeglia l'erede beneficiario della sua qualità di erede, nè della proprietà ed il quale ha unicamente per effetto di restituire il possesso de' beni a' creditori ed a' legatarii, ad obbietto di provvedere essi medesimi ai mezzi di amministrarli e conseguire il pagamento (confr. decis. C. di Parigi 10 ag. 1800, Albert, Sirey, 1810, II, 491; di Liegi 31 lug.

1811, Guillard, Dev. e Car. Collez. nuova, III, II, 535: di Metz 22 mag. 1817, Bi-se, stessa rac., V, II, 281; di Colmar 8 marzo 1820, Waterwold, Sirey, 1820, II, 465; di Parigi 3 apr. 1826, Bègnier, Sirey, 1826, II, 316; di Tolosa 29 marzo 1832, Séverac, Dev., 1832, II, 353; di Grenoble 4 giugno 1836, Brachet, Dev., 1832, II, 407; arresto C. cass. 25 marzo 1840, Forbin, D. 1840, I, 164; decis. C. di Douai 5 apr. 1848, Delcroix, D. 1848, I, 169; Merlin, *Quist. di Diritto*, t. VII. (addizioni), v. *Benef. d'invent.*, § 5. art. 1; Duranton, t. VII, n. 42—43, Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 358, nota a; Demante, t. III, n. 424 bis, III; Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. III, n. 617; Narecadé, art. 802, n. 4; Chabot, art. 802, n. 8; Coulon *Quist. di Diritto*, t. III, p. 374; Fouquet, *Enciclop. di Diritto*, n. 62 e 73; Ponget, art. 802, n. 1).

209. — Altronde la stessa dottrina è applicabile, nel caso in cui la eredità essendo spettata ad un minore o ad un interdetto, l'accettazione abbia dovuto di necessità aver luogo col beneficio dello inventario.

È ben vero che l'art. 128 della ordinanza del 1629 a norma di cui « coloro i quali avranno adito la eredità col beneficio dello inventario non possono più rinunziarvi, soggiungeva la eccezione, qualora non fossero minori in tempo dell'adizione ».

Ma i nostri testi ed i nostri novelli principi proscrivono sinigliante distinzione *supra*, n. 474; ed è mestieri avere per indubitato che la eredità una volta regolarmente accettata col beneficio dello inventario, in nome del minore o dello interdetto, non può più rinunziarvi il suo rappresentante, né egli medesimo in tempo della sua maggiore età, e che, in questo caso come negli altri, è permesso unicamente l'abbandono del possesso e dell'amministrazione dei beni. Le condizioni e le formalità cui la legge sottopone l'accettazione col beneficio dello inventario della eredità spettata ad un minore, costituiscono ancora altra pruova tornare in avvenire impossibile la rinunzia alla eredità così accettata; avvegnachè, se tale accettazione non obbligasse menomamente il minore per qual motivo la legge avrebbe preso tutte queste precauzioni nel suo interesse? (*Ved. il nostro* t. VII, *Trattato della minore età*, ec., n. 522; Tambour, p. 380; confr. nondimeno arresto C. cass. 12 marzo 1839, Brachet, Dev., 1839, I, 274).

210. — Questa facoltà di abbandono viene concessa con l'art. 802 ad ogni erede beneficiario, e conseguentemente, quando sieno più, a ciascuno di essi separatamente ed individualmente; per modo che uno di essi può valersene anche quando gli altri non volessero ricorrervi (Confr. *supra*, n. 173; decis. C. di Donni 29 ing. 1816, Pillot, Sirey, 1817, II, 468; Delvincourt, t. II, p. 32, nota 4; Duranton, t. VII, n. 45; Zachariae, Aubry e Rran. t. V, p. 495; Massé e Vergé, t. II, p. 343).

211. — L'abbandono dee ad evidenza comprendere tutti i beni della eredità (art. 802); val dire non solo il fondo ed il capitale, ma eziandio gl'incrementi ricevuti dai beni, come i frutti e gl'interessi raccolti dall'eredità beneficiata (confr. il t. II, n. 490; Delvincourt, t. II, p. 32, nota 5; Zachariae, Massé e Vergé, t. II, p. 343).

212. È uopo ancora affermare, in termini più generali, dover l'eredità beneficiario render conto dell'amministrazione da lui tenuta dei beni della eredità sino al momento in cui l'abbandona (art. 802—720; confr. Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, art. II, § 8).

213. — Altronde l'eredità non è tenuto abbandonare:

I beni donatigli tra vivi dal *de cuius*, nè quelli a lui provegnenti dalla collazione fatta dai suoi coeredi, o dall'azione di riduzione istituita avverso un donatario;

Nè lo importare dei danni-interessi provegnenti dalle civili riparazioni da lui ottenute avverso l'uccisore del defunto;

Nè finalmente il prezzo della cessione da lui fatta dei suoi diritti creditarii.

Imperocchè i beni niedesimi non formano il pegno dei creditori nè dei legatarii (*supra*, n. 463, 464, 465).

214. — È manifesto doversi fare l'abbandono a tutti i creditori ed a tutti i legatarii (art. 802); dappoichè tutti hanno interesse alla liquidazione dei beni ereditarii formanti il loro pegno.

Ma forse, se non si fosse fatto a tutti i creditori ed a tutti i legatarii, converrebbe dichiarar l'eredità decaduta dal suo beneficio?

È questa la soluzione, insegnata da parecchi, pel motivo che ogni atto di disposizione fatto dall'eredità dei beni ereditarii produce decadenza dal beneficio dello inventario, e l'abbandono fatto da lui ad alcuni dei creditori o legatarii soltanto costituisce una dazione in pagamento, val dire una vera di-

sposizione dei beni della eredità (confr. Chabot, art. 802, n. 7, Duranton, t. VII, n. 42).

E mestieri bene intendersi:

Supponesi forse che l'erede beneficiario abbia voluto fare effettivamente una donazione in pagamento dei beni ereditari ad alcuni soltanto dei creditori o legatarii? allora ancor noi avvisiamo ravvisarsi una cagione di decadenza.

Ma la quistione da noi mossa non è questa; noi parliamo qui di un abbandono seguito in conformità dell'art. 802: or l'abbandono medesimo comprende il possesso e l'amministrazione dei beni: dunque non è un atto di disposizione; ed erroneamente gli si attribuirebbe cotesto carattere (red. noadimeno arresto C. cass. 12 maggio 1839, Brachet, Dev., 1839, I, 272); dunque, nel silenzio del testo, l'abbandono fatto a taluni dei creditori soltanto, non potrebbesi considerare di per sé come cagion di decadenza, soprattutto se i creditori cui non siasi fatto non fossero allora noti. Tutto ciò che risulterà da cotesto incompiuto abbandono si è che l'erede beneficiario rimarrà sottoposto, riguardo ai creditori cui non venao fatto l'abbandono, a tutte le obbligazioni emergenti dalla sua accettazione (conf. decis. C. di Amiens 25 feb. 1809, Lacroix, Sirey, 1810, II, 90; Merlia, *Quist. di Dir.*, v. *Benef. d' invent.*, § 5, art. 41, numero 2; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, pagina 495; Massé e Vergé, t. II, p. 343; Tambour, p. 395).

215. — Né il codice Napoleone nè il Codice di procedura han determinato le forme onde dovrà seguire tale abbandono.

E di qui nacquero opinioni assai discrepanti:

Alcuni richieggono dover l'erede beneficiario fare individuali notificazioni a tutti i creditori ed a tutti i legatarii, affinché tutti ne abbiano certa sciezza (confr. decis. C. di Parigi 25 giugno 1818, Langenardiére, Dev. 1838, II, 473; Chabot, art. 802, numero 7; Fouquet, *Enciclop. del Dritto*; v. *Benef. d' inv.* n. 71).

Per contrarii altri insegnano che la dichiarazione di abbandono debba farsi in cancelleria: sia perchè comunque non sia una rinunzia, il vero si è che ne produce quasi lo effetto verso i creditori ed i legatarii, e che quindi sembra natural cosa il farsi nella stessa guisa (art. 784—704); sia perchè offre ancora una certa analogia col rilascio di un immobile ipotecato, la cui dichiarazione deb-

be farsi parimente in cancelleria (art. 2174—2068; confr. *Billhard*, n. 435; Demante, tomo III, n. 124 *bis*, III).

Da ultimo alcuni avvisano che, nel silenzio della legge, ambedue tali forme possono egualmente ammettersi (confr. Merlia, *Quist. di Dir.*, v. *Benef. d' invent.*, § 5, art. II, numero 4; Massé e Vergé sopra Zachariae, pagina 343; Tambour, p. 381).

Questa sarebbe la nostra conclusione, nel senso sembrarci che l'abbandono mercede notificazioni individuali dovrà reputarsi validamente fatto; ma siccome tal mezzo è sommamente dispendioso, ammettiamo pienamente, con la seconda opinione, doversi riguardare sufficiente la dichiarazione in cancelleria.

216. — Si è mossa quistione se la dichiarazione in cancelleria fatta dall'erede beneficiario che rinuazii alla eredità equivallesse ad una dichiarazione di abbandono in conformità dell'art. 802.

Rispetto a noi, così avvisiamo almeno in generale e sotto riserva delle particolari circostanze di fatto; dappoichè non potendo l'erede beneficiario rinuaziare, la dichiarazione da lui fatta sarebbe pienamente nulla, se non venisse intesa nel senso dell'abbandono che gli è permesso fare (confr. Merlia, *Quist. di Dir.*, *supra*, § 5, articolo 4, numero 3).

217. — L'erede beneficiario ed i creditori o legatarii possono formare però tra essi, circa l'abbandono medesimo, quelle convenzioni che stimino convalescenti; e quando sieno fatti capaci nell'uso e di accordo, possono liberamente attribuire a questa volontaria cessione tutti gli effetti che loro sembrino convenienti, come, per esempio, quello di una dazione in pagamento attributiva di proprietà (art. 4134—1088; arg. dall'art. 4267—4220; Duranton, t. VII, n. 42).

218. — Rispetto all'abbandono, tal quale l'art. 802 permette all'erede beneficiario il farlo, senza consenso dei creditori e dei legatarii, ha come già avvertimmo (*supra*, numero 208), il semplice effetto di una cessione condizionale, la quale non conferisce la proprietà ai creditori (confr. art. 802 e 4269—749 e 4223).

219. — Ma allora che mai avviene? E quale è mai la novella situazione?

Il nostro Codice, coavvicine confessario, torna all'obbietto insufficiente: esso non ha nemmeno statuito su questo novello stato di

cose: quindi le opinioni sono qui ancora oltremodo discrepanti.

Taluni insegnano dovere i creditori ed i legatarii porsi di accordo, ed adottare, per l'amministrazione dei beni abbandonati, il modo che lor sembri più conveniente, salvo lo adire il magistrato, ove non giungano a porsi di accordo (confr. Delvincourt, t. II, p. 32, nota 4; Bilhard, n. 437; Vazeille, articolo 802, n. 9; Fouet de Confians art. 802, n. 3; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 802, Osserv. 2; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 193; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 358, nota a; Fouquet, *supra*, n. 74; Tambour, pagina 384).

220 — Altri avvisano esservi luogo a dimandare al tribunale la nomina di un curatore ai beni abbandonati.

E, in quanto a noi, inchiniamo più ad ammettere cotesto sentimento.

In vero da un lato tutte le analogie più indubitte del nostro subbietto ci persuadono a seguitarlo: alla eredità giacente viene nominato un curatore (art. 812—734): similmente avverso un curatore l'erede beneficiario debbe sperimentare le sue azioni, quando non sieno coeredi (art. 996 C. pr. — 1072; *supra*, n. 197). Indubbiamente la eredità non è giacente; e noi non denomineremo il gerente medesimo curatore ad eredità giacente, comunque non dovesse ad evidenza, a creder nostro, conseguirla alcuna nullità, se si fosse così erroneamente qualificato; ma se la eredità non è giacente, il vero si è che essa presenta pressochè lo stesso stato di cose della eredità giacente; e che sembra ad un tempo unisono allo intendimento del legislatore ed alla ragione il provvedere, in entrambi i casi, nella stessa guisa, all'amministrazione di tali beni privi di amministrazione:

D'altro lato cotesto mezzo è al certo più sincero di quello consistente nel lasciare ai creditori ed ai legatarii il porsi di accordo ed adottare un sistema, senza aver loro la legge additato all'uopo la minima regola nè somministrato veruno elemento di metodo (confr. Merlin, *Quist. di Dir.*, v. *Benefizio d'invent.*, § 5, art. 3; Toullier, II, num. 358; Demante, t. III, n. 424 bis, 3; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 345).

221. — La giurisprudenza sembra andarsi formando nel senso che le azioni dei creditori della eredità e dei legatarii debbansi sempre sperimentare contro lo stesso erede be-

neficiato non ostante l'abbandono da lui fatto; e parecchi giureconsulti han plaudito questa giurisprudenza (confr. decis. C. di Parigi 10 ag. 1809, Albert, Sirey, 1810-2-194; di Douai 29 lug. 1816, Pillot, Sirey, 1817-2-468; di Colmar 8 marzo 1820, Wetterwald, Sirey 1827-2-168; di Parigi 3 aprile 1826, de Briancourt, Sirey, 1826-2-316; arresto C. cass. 29 dic. 1830, Ernest, Dev., 1830-1-3; 1 feb. 1830 l'amm. del registro, D., 1830-1-104; decis. C. di Parigi 23 giugno 1838, Langenardiére, Dev., 1838-2-473; Bilhard, n. 439; Vazeille, art. 802, nom. 9; Duvergier sopra Toullier, t. II, numero 359, nota a).

Non pertanto siffatta dottrina è stata oppugnata da altri giureconsulti, i quali le acceggiano di annientare compiutamente lo effetto dell'abbandono, che l'erede beneficiario ha dritto di fare, in conformità dell'articolo 802: è manifesto, dicesi, che tale abbandono abbia per scopo e debba avere per risultamento di esonerarlo dall'amministrazione dei beni: or, per contrario, non è forse lasciargli gl'impacci e le responsabilità di questa amministrazione, cui egli rinuncia, lo costringerlo a difendersi dalle dimande che possono formarsi avverso la eredità? (Confr. Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 345; Fouquet, *loc. supra cit.*, n. 72; Tambour, p. 384).

In vero cotesta obbiezione ci parrebbe decisiva avverso la dottrina stabilita col su riferiti giudicati, se dalla dottrina medesima risultasse che l'erede beneficiario, non ostante l'abbandono, rimanga sempre e sotto tutti i rapporti incaricato dell'amministrazione della eredità; dappoichè torna indubitato, a parer nostro, che l'articolo 802, permettendogli liberarsi dal pagamento dei debiti con lo abbandonare tutti i beni della eredità, gli permette, come disse il Tribunal di cassazione, nelle sue osservazioni sul progetto, di non rimanere amministratore (Fenel, tomo II, p. 572); e precisamente così divisava Potbier delle Success., cap. III, sez. III, articolo 2, § 8).

Ma tanto forse emerge dalla dottrina ferma da giudicati? noi crediamo.

« Atteso, dichiara la Corte di cassazione, che l'erede col beneficio dello inventario non cessa di avere interesse a far determinare lo importare de' crediti e de' legati, dopo il cui pagamento prosegue ad essere proprietario di ciò che rimanga nella eredità, e conseguen-

temente che sempre con lui gli uni e gli altri debbono far liquidare i lor erediti e riconoscere la validità de' legali fatti a lor pro. (Arresto 1 feb. 1830, *supra*).

Quindi, unicamente in quanto trattisi di verificare l'esistenza e la legittimità di un diritto dimandato avverso la eredità, l'erede stesso dovrebbe esser convenuto in giudizio; ed entro questo limite ben comprendiamo di fatti non trovarsi rappresentato da altri, nè dal curatore, nè da' creditori o da' legatarii (arg. dall'art. 494 C. com.—186).

222. — Le regole di amministrazione da osservare, sia dal curatore destinato a' beni abbandonati, sia da' creditori e da' legatarii uniti, se non siasi nominato alcun curatore, sembrano dover essere le stesse che quelle dalla legge stabilite per l'erede beneficiario; e specialmente i beni possono vendersi soltanto nelle forme imposte per la vendita dei beni di una eredità accettata col beneficio dello inventario (arg. dall'art. 904 C. pr.—981; *supra*, n. 216; Delvincour, t. II, p. 33, nota 4; Duvergier sopra Toullier, t. II, n.° 358, nota a; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 195).

223. — Se non che la osservanza delle forme imposte non potendo più allora venir garantita dalla sanzione della legge apposita riguardo allo stesso erede, e val dire dalla decadenza dal beneficio dello inventario (art. 988, 989 C. pr.—1064, 1065), la vendita, senza la osservanza di tali forme, dovrebbe dichiarar nulla, almeno dietro la domanda di coloro i quali non si fossero personalmente posti nella impossibilità di dedurre questa nullità (confr. Vazeille, art. 802, n. 9—719).

224. — Altronde l'erede beneficiario può riprendere i beni da lui abbandonati, offrendo pagare integralmente i debiti e pesi della eredità.

Sembra pure essersi diviso poter egli riprenderli, senza soddisfare i creditori ed i legatarii (confr. Tambour, p. 382).

Ma nè la legge, nè la ragione gli permetterebbero, a creder nostro, di variar così, e riassumere, dopo averla abbandonata, l'amministrazione della eredità (confr. Duranton, t. VII, n.° 43; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 358, nota a; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 196.)

IV.

L'erede beneficiario, il quale non faccia l'abbandono de' beni, è incaricato di amministrare la eredità e render conto della sua amministrazione a' creditori ed a' legatarii.

SOMMARIO.

225. — L'erede beneficiario è incaricato di amministrare i beni ereditarii. — Quali ragione?
 226. — Ad evidenza che l'erede l'amministrazione medesima si appartiene. — Potrebbe mai venirgli tolta?
 227. — Esposizione.
 228. — I. Qual è mai il vero carattere e lo scopo finale dell'amministrazione di cui trovasi incaricato l'erede beneficiario? In altri termini è forse incaricato di amministrare e liquidare la eredità nelle imprese de' creditori e legatarii? E costoro forse non possono più praticare sudiversi procedimenti?
 229. — Continuazione.
 230. — I creditori della eredità o i legatarii potrebbero forse dimandare venir surrogati ne' diritti dell'erede beneficiario, ad oggetto di continuare i procedimenti da lui iniziati o essi medesimi cominciarli?
 231. — Continuazione. — Osservazioni critiche.
 232. — II. Quali garanzie vengono concesse a' creditori ed a' legatarii contro gli abusi possibili dell'amministrazione dell'erede? — Osservazione generale.
 233. — Continuazione. — L'erede non può dimandare alcun indennizzamento per tempo a le cure da lui impiegate.
 234. — Le garanzie concesse a' creditori ed a' legatarii sono tre:
 235. — 1.° L'erede può trovarsi in alcuni casi decaduto dal beneficio dello inventario. — Rimando.
 236. — 2.° È responsabile delle sue colpe gravi.
 237. — Continuazione.
 238. — Continuazione.
 239. — I creditori del defunto ed i legatarii potrebbero forse in alcuni casi dimandare togliersi all'erede beneficiario l'amministrazione della eredità?
 240. — 3.° L'erede beneficiario è tenuto a dar cauzione. — In quali casi?
 241. — Il diritto di dimandar cauzione compete a ciascuno degli interessati individualmente.
 242. — Nessuna ipoteca legale o giudiziale colpisce oggigi l'immobili dell'erede beneficiario.
 243. — Per quali motivi richiedesi la cauzione? E quale è mai l'ampiezza della sua obbligazione?
 244. — Della ricezione della cauzione. — Rimando.
 245. — Il mallevadore debbe esser accettabile e solvente. — Osservazioni storiche.
 246. — È unpo forse che il mallevadore possa venire attivo con l'arresto personale?
 247. — L'erede beneficiario può forse, in vece di un mallevadore, offrire sia un pegno, sia una ipoteca?
 248. — Quali è mai il diritto de' creditori o de' legatarii, se l'erede non dà cauzione?
 249. — In che consiste l'amministrazione dell'erede beneficiario. — Divisione.
 250. — A norma dell'art. 803, 1.° comma—720.

« L'erede beneficiario è incaricato di amministrare i beni ereditari, e deve render conto della sua amministrazione a' creditori ed a' legatarii.

Per la ragione che i beni della eredità, rimanendo distinti da' beni particolari dell'erede, formano il pegno speciale ed in avvenire unico de' creditori del defunto e de' legatarii; tornava impossibile allo erede lo avere, su tali beni, le piene facoltà di padrone: il beneficio conceduto gli doveva di necessità andare subordinato alla condizione che, fino a quando i creditori ed i legatarii non venissero soddisfatti, si limiterebbe ad amministrare i beni della eredità.

E per tal ragione appunto il suriferito articolo dichiara di fatti essere egli incaricato di amministrarli.

226. — Altronde però egli precisamente doveva essere incaricato di questa amministrazione; dappoichè è erede, val dire proprietario; e, trattandosi della propria cosa, al certo ha diritto di amministrarla: indubitabilmente la legge doveva sommettere l'esercizio del diritto medesimo a talune restrizioni, come condizione del beneficio dello inventario; ma sarebbe stato esorbitante privarne.

Laonde puossi rinvenire oppugnabile la dottrina a norma di cui il magistrato potrebbe affidare ad un terzo l'amministrazione medesima, qualora le circostanze paressero richiederlo (confr. arresto C. cass. 5 ag. 1846, Bonenfant, *G. del F.*, 1846, t. II, p. 445; de eis. C. di Douai 43 ag. 1855, Vautroyen, *G. del F.*, 1857, t. II, p. 411).

Il testo dell'art. 803, il quale dichiara precisamente l'erede trovarsi incaricato di amministrare i beni, ed il motivo del testo stesso non somministrano forse un doppio argomento avverso tal dottrina? e quando non puossi accagionare veruna colpa all'erede, forse suo diritto non è conservare tale amministrazione? (vedi nondimeno infra, n° 239).

227. — Bentosto ci faremo a disaminare quali sono le facoltà competenti all'erede beneficiario in forza di questo diritto di amministrazione.

Ma è rilevante, innanzi tutto, risolvere due generali questioni, dominanti interamente questo subbietto, cioè:

1° Qual è mai il vero carattere e lo scopo finale dell'amministrazione di cui trovasi incaricato l'erede beneficiario? e specialmente se escluda ogni diritto d'individuale procedi-

mento da parte de' creditori del defunto e dei legatarii?

2° Quali sono le garentie dalla legge concedute avverso tale amministrazione a' creditori ed a' legatarii?

228. — 1. Dimandiamo primieramente qual è mai il carattere e lo scopo di tale amministrazione?

In altri termini, se l'erede beneficiario sia incaricato di amministrare e liquidare la eredità nel collettivo interesse de' creditori del defunto o de' legatarii, di cui sarebbe quindi il mandatario ed il rappresentante?

Ovvero per contrario se l'amministrazione di cui trovasi incaricato sia principalmente stabilita nel proprio interesse, per poter conservare il suo beneficio, per modo che riguardando a' creditori ed a' legatarii non dovrebbe considerarsi come mandatario, ma come vero erede, proprietario a questo titolo de' beni della eredità e sottoposto soltanto a talune restrizioni le quali, direttamente stabilite nel suo interesse, come lo intero beneficio dello inventario, gioverebbero indirettamente e per via di conseguenza a' creditori del defunto ed a' legatarii?

A cotesta tesi generale annodasi un ordine di questioni oltremodo importanti, spesso sorte, cioè:

Se i creditori della eredità ed i legatarii possano esercitare individuali procedimenti; e specialmente:

1° Se possano far procedere a sequestro presso terzo, su le somme dovute alla eredità;

2° Se possano far pignorare i mobili e gli immobili che ne dipendano.

Le opinioni sono su tal punto, nella dottrina o nella giurisprudenza, alquanto vacillanti.

A. Potrebbe primamente sostenere il diritto di amministrazione conferito all'erede beneficiario escludere ogni diritto d'individuale procedimento:

1° L'erede beneficiario, direbbesi, trovasi incaricato, per tutti gl'interessati, di amministrare e liquidare la eredità, pressappoco nella stessa guisa che i sindaci trovasi incaricati della liquidazione del fallimento con cui la eredità beneficiata offre di fatti più di un punto di simiglianza (arg. dell'art. 2146—2040): or il fallimento osta allo esercizio dei procedimenti individuali (art. 443, 574 C. com.—435, 565): dunque debbe così avvenire della eredità accettata col beneficio dello inventario.

2° Se diversamente accadesse, la legge offrirebbe, su tal punto, una duplice imperfezione infinitamente grave; dappoiché da un lato l'erede beneficiario non potrebbe più disimpegnare il suo mandato di amministrazione, in mezzo agl'incessanti impacci degli individuali procedimenti de' creditori, e d'altro lato i procedimenti medesimi mescolandosi ai suoi, sarebbero una sorgente di complicazioni ed inutili spese!

Consequentemente i propugnatori di tale opinione concludono che i creditori del defunto ed i legatarii non possono far procedere a sequestro presso terzo, a pignoramento di mobili o d'immobili (confr. dec. C. di Parigi 20 sett. 1824, duca di Borbone, Sirey, 4822, II, 418; arresto C. cass. 4 dicembre 1822, Dev., Collez. nuova, 7, I, 165; dec. C. di Riom 24 ag. 1837, Domergue, Dev., 4839, II, 379; 24 ag. 1844, Domergue, Dev., 4841, II, 637).

B. I propugnatori di una seconda opinione insegnano esser l'erede beneficiario incaricato di amministrare la eredità, ma non incaricato di liquidarla (confr. art. 803, 805, 806—720, 723, 724); e consequentemente distinguono:

Trattasi forse di un atto di amministrazione? avendo allora l'erede beneficiario il diritto e la obbligazione di provvedervi nel comune interesse de' creditori e de' legatarii, costoro non potrebbero venire autorizzati ad osteggiare le sue facoltà con procedimenti intempestivi: or la riscossione delle somme dovute alla eredità è un atto di amministrazione: dunque i creditori ed i legatarii non hanno diritto di ostarvi con sequestri presso terzo, almeno quante volte l'erede beneficiario non abbia arrecato indugio alla riscossione medesima.

Per contrario trattasi forse di un atto di liquidazione? L'erede beneficiario non essendo tenuto procedervi, i creditori ed i legatarii conservano il diritto di agire essi medesimi: e quindi possono far pignorare i mobili e gl'immobili della eredità (confr. dec. C. di Bourges 13 marzo 1822, de Pronleroy, Sirey, 4822, II, 269; di Tolosa 47 ag. 1822, Daubané, Sirey, 4823, II, 193; Zacharise, Aubry e Rau, I, V, pag. 506-207; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 803, Osserv. 3; Fouet de Conflans, art. 801, n° 4; ved. nondimeno *infra*, n. 229.)

C. Finalmente, in conformità di una terza opinione, l'erede beneficiario non debbesi con-

siderare come mandatario de' creditori del defunto e de' legatarii nè ad obbietto di amministrare la eredità, nè ad obbietto di liquidarla: consequentemente la regola generale si è che i creditori ed i legatarii conservano tutti i loro diritti d'individuali procedimenti, o che possono far procedere, sia a sequestri presso terzo delle somme dovute alla eredità; sia a pignoramenti di mobili o immobili sui beni che ne dipendono.

Rispetto a noi, avvisiamo esser cotesta dottrina la più ben fondata, la più consona ai testi ed ai principii costitutivi del beneficio dello inventario.

E primieramente, circa la prima opinione, a norma di cui l'erede beneficiario troverebbesi, al pari dei sindaci del fallimento, incaricato, nel collettivo interesse dei creditori e dei legatarii, nel tempo stesso di amministrare e liquidare la eredità, è dessa ad evidenza inaccettabile. Di fatti, se la legge assimiglia, sotto alcuni rapporti, la eredità accettata col beneficio dello inventario al fallimento, questo assomigliamento, altronde imperfettissimo, applicasi particolarmente ai rapporti rispettivi dei creditori e dei legatarii gli uni riguardo agli altri, dappoiché il lor pegno comune trovasi allora, come in caso di fallimento, renduto speciale e circoscritto (ved. art. 2446—2040; *infra*, n. 349 e seg.); ma nei rapporti dell'erede coi creditori ed i legatarii, somma è la differenza; sia perchè i sindaci vengono prescelti, se non dagli stessi creditori, almeno dietro lor parere (art. 462 C. com.—454), mentre l'erede beneficiario debbe le facoltà sue al fatto stesso, e, per così dire, alla circostanza della sua chiamata ereditaria; sia perchè la legge, la quale conferisce ai sindaci il mandato di procacciare la liquidazione degli affari del fallito, in nome e nello interesse del ceto dei creditori (art. 443, 531, 532, 574, 572 C. com.—435, 523, 524, 565, 566), non conferisce all'erede beneficiario alcun mandato di questo genere (art. 803, 806, 807, 808—723, 724, 726, 727): l'erede beneficiario! ma egli è il rappresentante del debitore defunto, comunque possa esser tenuto soltanto sui beni che abbia ricevuti da lui e ben lungi dall'essere spogliato, come il fallito, dell'amministrazione, la legge glie la conserva positivamente!

Neppur crediamo doversi accogliere la distinzione suggerita dai propugnatori della seconda opinione, fra gli atti di amministrazio-

ne e gli atti di liquidazione; dappoichè, se l'erede beneficiario trovasi incaricato, a norma dell'art. 803—720, di amministrare i beni della eredità, ciò non vuol dinotare aver la legge formato di lui, per tale amministrazione, il mandatario dei creditori e dei legatarii: di fatti questo preteso mandatario, come abbiamo già dimostrato, è loro affatto estraneo! Se dunque la legge ha dichiarato dover l'erede amministrare la eredità, lo è principalmente nel suo interesse, ad obbietto di assicurargli la conservazione del beneficio dello inventario, la cui condizione si è che i beni ereditarii vengano destinati, innanzi tutto, al pagamento dei creditori e dei legatarii. È ben vero che tali restrizioni apportate alle facoltà dell'erede garantiscono i diritti dei creditori e dei legatarii, e che conseguentemente si suole affermare e noi medesimi abbiamo affermato esser l'erede beneficiario, rispetto ad essi, un amministratore tenuto a render conto; ma è sempre principio colesse regolo di amministrazione trovarsi fermale, come lo stesso beneficio d'inventario da esse costituito, nello interesse diretto dell'erede: dalle quali cose conseguita non potersi mai pretendere con fondamento che l'erede beneficiario, fino a quando adempia alle condizioni del suo beneficio, sia il mandatario ed il rappresentante dei creditori.

Dunque la conclusione debbe essere, a parer nostro, che i creditori ed i legatarii conservano l'esercizio di tutti i loro diritti individuali, e che segnatamente possono far procedere, sia a sequestro presso terzo, sia a pignoramento di mobili ed immobili.

La regola generale si è oggì creditore aver diritto di valersi dei mezzi legittimi di esecuzione sui beni costituenti il suo pegno; e per privarlo di questo diritto sarebbe necessario un testo di legge: or nessun testo priva i creditori del defunto ed i legatarii del diritto di esercitare individuali procedimenti sui beni della eredità: dunque conservano all'obbietto tutti i loro diritti.

Conseguentemente possono, diciamo, far procedere a sequestri presso i debitori ereditarii; ed in vero tanto suppone l'art. 808—727, il quale ammette, senza restrizione, l'esistenza di creditori opposenti (arresto della Corte di cassazione *infra*). Indarno obbietti la cauzione che l'erede beneficiario può esser tenuto di dare offrire ai creditori ed ai legatarii sufficiente garentia (art. 807—726). A prescindere che questa garentia,

la quale altronde è meramente facoltativa pei creditori e legatarii, potrebbe essa medesima addivenire illusoria mercè la insolubilità del mallevadore, il sequestro presso terzo offre loro il sommo vantaggio di trasmettere la sentenza di validità definitivamente ai sequestranti le somme da essi sequestrate. E per tal ragione appunto avvisiamo essere nopo riconoscere nei creditori e nei legatarii il diritto di procedere a sequestro presso terzo, senza distinguere se l'erede abbia o pur no indugiato la riscossione, e neppure, come praticò la corte di Bordò (*infra*), se le somme sequestrate sieno o pur no necessarie alla sua amministrazione (Confr. arresto C. cass. 8 dio. 4844, Signoret, Sirey, 4845, I, 153; decis. C. di Bordò 6 mag. 1854, Duranty, Dev., 4844, 2, 444; arresti C. cass. 9 mag. 4849, Tressé, Dev., 4849, 4, 563; 4° ago. 4849, Duranton-Vaugaron, Dev., 1849, I, 681; Delvincour, t. II, p. 32, nota 3; Duranton, t. VII, n. 38; Roger, *del sequestro presso terzo*, n. 80; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 350; Poujol, art. 803 n. 7; Bilhard, n. 58; Vazeille, art. 803, n. 4).

Da ultimo affermiamo che i creditori del defunto ed i legatarii possono far procedere a pignoramento di mobili ed immobili pertinenti alla eredità; dappoichè l'erede beneficiario è tanto meno lor mandatario ad obbietto di liquidare la eredità, in quanto che la vendita dei beni è per lui meramente facoltativa e non obbligatoria: or il mandato trae seco, pel mandatario, l'obbligo di raggiungere l'obbietto del suo incarico (art. 1994—1853): dunque l'erede beneficiario, il quale può liberamente non agire, non è un mandatario: dunque i creditori ed i legatarii non potrebbero soggiacere ad ostacolo nello esercizio dei lor diritti di individuale procedimento: quindi Treilhard positivamente dichiarò in Consiglio di Stato « che i creditori han diritto di far vendere i mobili. » (Seduta del 16 nevoso anno XI; confr. riferiti giudicati *supra*; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 206-207; Demante, t. III, n. 428 bis, VII; Ducaurroy, Bonnier e Rostaing, t. II, n. 622; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 359, nota a).

229. — Ma allora han luogo adunque due specie di giudiziali procedimenti, parallelamente ed in concorso, su gli stessi beni!

Da un lato i procedimenti stabiliti per la vendita volontaria dello stesso erede;

D'altro lato i procedimenti stabiliti per la vendita forzata dei creditori e dei legatarii.

Furše ambedue tali procedimenti potran seguire congiuntamente e simultaneamente?

Siffatta conclusione tornerebbe sommamente nocetole: avvegnachè ne emergerebbero molte complicazioni ed inutili spese.

E non pertanto, conviene confessarlo, il legislatore non ci ha somministrato verun mezzo efficace di trarci d'impaccio, per questa eguale e reciproca facoltà, competente nell'erede ed ai creditori e legatarii, di far vendere, ciascuno da parte sua, i beni ereditarii!

Nulladimeno la giurisprudenza e la dottrina sono concordi nello ammettere alcuni temperamenti, richiesti dalla ragione, ed i quali però riuscire possono soltanto unisoni alla probabile volontà del legislatore.

Dunque si è posto mente essere lo interesse la misura delle azioni, ed i creditori ed i legatarii non avere interesse ad esercitare essi medesimi individuali procedimenti; quando l'erede beneficiato eserciti procedimenti miranti, con pari vigoria, allo stesso scopo.

E se ne è inferito:

Sia che i creditori ed i legatarii non potessero più far pignorare i mobili o gl'immobili, di cui lo stesso erede si fosse messo in grado di promuovere la vendita con diligenze anteriori ai loro procedimenti e non interrotte dappoi;

Sia almeno (la qual cosa ci parrebbe più giuridica) che appartenga al magistrato ordinare soprassedersi agl'individuali procedimenti, quando il comune interesse dello parti sembri richiedere che i procedimenti iniziati dallo erede e proseguiti da lui senza negligenza restino concentrati nella sua persona (confr. i giudicati e gli autori riferiti sopra, n. 228; Taulier, t. III, p. 262.)

Cotesti temperamenti venivano già ammessi nel nostro antico dritto; e comunque vi si ammettesse pure, per esempio, che i creditori potessero far pignorare e vendere i beni della eredità (Pothier, *Introd. al tit. XVII della cons. di Orleans*, num. 49), ammettevasi i loro procedimenti non dover nondimeno arrecare impaccio all'*amministratore de' beni, che si fa dall'erede beneficiato pel ceto dei creditori* (confr. Duparc-Poullain, *Princ. di Dritto francese*, lib. III, cap. 4, § 6.)

23^a. — I creditori della eredità ed i legatarii non potrebbero forse altresì dimandare venir surrogati nei dritti dell'erede beneficiato e farsi autorizzare, in caso di negligenza da parte sua, sia a continuare, secondo gli ulti-

mi atti, la procedura cominciata da lui, sia ad iniziarla?

Tal mezzo parrebbe eziandio sommamente ragionevole; ma nulladimeno non va immune da obiezione o difficoltà.

In vero posossi affermare da un lato che i creditori del defunto ed i legatarii non sono i creditori particolari dell'erede beneficiato, e che quindi non possono esercitare i suoi dritti, in forza dell'art. 1166, e d'altro lato, che l'art. 722 C. pr. — 807, il quale permette tal surrogazione di procedimenti, non trovasi enunciato nell'art. 988 — 1064 dello stesso Codice, il quale precisamente rimanda, circa la vendita dell'immobili di una eredità accettata col beneficio dello inventario, a parecchi altri articoli del titolo del pagamento d'immobili: dalle quali cose sembra potersi inferire che in caso di negligenza o indugio dell'erede ne' procedimenti da lui iniziati, i creditori del defunto ed i legatarii riacquistano puramente e semplicemente il libero esercizio del lor dritto di individuali procedimenti (Confr. *decis.*, C. di Nîmes 28 dic. 1825, *Dev. e Carr., Collez. nuova*, IV, II, 404; *Duvergier sopra Toullier*, t. II, n. 359, *nota a: Zachariae, Aubry e Rau*, t. V, p. 207; *Taubour*, p. 368.)

Ma è mai ben fondato il sostenere i creditori del defunto ed i legatarii non essere creditori dell'erede? tal proposizione sarebbe, a creder nostro, troppo assoluta: l'erede, eziandio beneficiato, è sempre erede; e quindi rappresenta eziandio il defunto verso i creditori: se non che il rappresenta sotto condizione che potrà esser tenuto verso di essi soltanto sui beni della eredità; ma, circoscrivendosi ai beni ereditarii, sembra nulla ostare ai creditori ed ai legatarii di agire in nome dell'erede beneficiato (confr. *supra*, n. 159 bis; *decis.* C. di Parigi 28 dic. 1821, *duca di Borbone*, *Sirey*, 1822-2-118; *arresto C. cass.* 3 dic. 1834, *Rcydelot, Dev.*, 1835, I, 559; *Vazeille*, art. 806, n. 5; *Bilhard*, n. 85-86; *Masé e Vergé sopra Zachariae*, t. V, p. 348).

23^a. — Tutto ciò dimostra sempre più, a parer nostro, lo stabilimento del beneficio dello inventario non essere tanto compiuto e preveggennte quanto avrebbe potuto esserlo.

Già i nostri maggiori avevano scorto le complicazioni che possono sorgere da questo conflitto tra i dritti dell'erede ed i dritti dei creditori del defunto e dei legatarii: ed avevano impresso a provvedervi mercè diversi spedienti.

Davot e Bannelier attestano essere usanza nella loro provincia il prendere talune precauzioni e per rimuovere lo inconveniente di due giudizi su lo stesso credito ed altre difficoltà, doversi formare, essi dicono, frai creditori accordo di unione, nominando sindaci o direttori, i quali con l'erede conducono al beneficio dello inventario; se l'erede si neghi ad aderirvi, si forniranno le dimande per sicurezza de' creditori, secondo le particolari circostanze del fatto, escludendo le spese inutili. »

E alquanto dopo soggiungono: « I creditori possono, sin da' primordii, far ordinare dal giudice che l'erede beneficiato amministrerà di concerto con taluni di essi, ovvero indirgli consulenti. » (T. III, trattato 5, cap. XVIII, n. 10 e 16.)

Similmente in Bretagna i creditori della eredità formavano tra essi un sindacato, una direzione per manovrare il beneficio dello inventario (confr. Duparc-Poullain, *Cenno sugli atti di notor.*, p. 232, n. 41).

E, secondo le testimonianze degli autori del *Novello Denizart*, l'erede beneficiato doveva in generale trattare gli affari della eredità col consenso dei creditori apparenti o con l'autorizzazione del giudice emessa contro di loro (*v. Benefizio d' invent.*, § 9, n. 6, 7 e 13).

In ciò ravvisavansi al certo plausibili mezzi di ordinamento.

Ma essi tornavano, nel nostro antico dritto, sommamente imperfetti; ed il novello dritto non sembra avervi rivolto il minimo pensiero. I anzi appresso osserveremo, nel parlare del modo onde l'erede beneficiato possa soddisfare i creditori ed i legatarii, che il beneficio dello inventario non venne menomamente stabilito, nel collettivo interesse dei creditori e ad obbietto di procacciare tra essi la regolare liquidazione de' loro dritti (*infra*, n. 288 e seg.).

Non avrebbsi forse dovuto dargli tale ordinamento?

Noi crediamo che vi sarebbero stati in ciò molti vantaggi; ma è uopo soggiungere che sarebbe questo un novello sistema, il quale richiederebbe forse distinguersi il caso in cui l'accettazione col beneficio dello inventario abbia luogo volontariamente dal caso in cui abbia luogo di necessità, come po' minori e gl'interdetti; dappoichè non sarebbe giusto porre necessariamente, in questo ultimo caso, in istato di liquidazione, per una specie di presunzione legale d'insolubilità, una ere-

dità la quale potrlle essere solubilissima.

Checcchè ne sia, il beneficio dello inventario non offre cotesto ordinamento; ed è rimasto nel novello nostro dritto antico, un beneficio direttamente stabilito nell'interesse dell'erede, e di cui tutte le condizioni stabilite pure nel suo interesse han per iscopo di assicurargli la conservazione.

232. — II. Dobbiamo ora osservare quali garanzie vengono concesse ai creditori ed ai legatarii avverso gli abusi possibili di tale amministrazione dell'erede (*supra*, n. 227).

Il legislatore doveva all'obbietto volgere il pensiero a parecchie considerazioni:

Da un lato l'erede beneficiato è un amministratore, che il caso in certa guisa procaccia ai creditori ed ai legatarii, i quali non lo hanno prescelto e non possono rifiutarlo;

Ma parimente d'altro lato è un amministratore, il quale offre una particolar garanzia del personale interesse che egli ha al prospero successo della gestione; avvegnachè amministra la propria cosa ed il residuo debbe a lui appartenere.

233. — Soggiugniamo esser pure un gratuito amministratore, e non poter dimandare veruno indennizzamento pel tempo e le cure da lui prestate, per quanto considerevole e lunga abbia potuto essere la sua amministrazione, ed anche quando non gli rimanesse assolutamente nulla.

La opinione di Ferrières, il quale lo ammetteva a dimandare uno stipendio, alueno nel caso in cui l'amministratore de' creditori gli avesse arrecato molte sollecitudini ed impacci (*Viz.*, v. *Ered. benef.*), pressochè eliminata nel nostro antico dritto, non verrebbe oggidì menomamente accolta a fortiori dallo art. 1986 — 1858; Toullier, t. II, n. 389; Chabot, articolo 803, numero 4; Malpel, numero 228; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 197.)

234. Precisamente secondo questi diversi motivi il legislatore ha determinato la misura delle garanzie che era conveniente concedere a' creditori ed a' legatarii.

Tali garanzie sono tre; e consistono:

1° Nella decadenza dal beneficio dello inventario, che l'erede può incorrere per talune cause;

2° Nella responsabilità che possono produrre contro di lui lo colpo medesimo non producenti tal decadenza;

3° Nella cauzione che può esser tenuto di somministrare;

235. — 1° Le cause, che possono produrre contro l'erede la decadenza dal beneficio dello inventario, e gli effetti di questa decadenza formeranno, come cennammo (*supra*, n. 411), il subbietto dell'ultima parte del nostro lavoro.

236. — 2° Circa la responsabilità, che l'erede beneficiato può incorrere, l'art. 804—721 si esprime così:

« Egli non è tenuto che per mancanze gravi commesse nell'amministrazione di cui è incaricato ».

Pothier insegna che « si richiede dall'erede beneficiato buona fede in tale amministrazione; ma non si richiede da lui, egli dice, altra diligenza che quella onde è capace, e che suole adoperare ne' proprii affari: quindi è tenuto verso i creditori della sola colpa grave, *de lata culpa* » (*delle Success.*, cap. III, sez. III, art. 2, § 4).

Ci pare indubitato che i compilatori del nostro codice abbiano inteso, nell'art. 804, riprodurre tal dottrina; e conseguentemente l'erede beneficiato è responsabile non solo quando commetta una di quelle colpe gravi, le quali si approssimano al dolo e le quali non si condonano ad alcuno, ma eziandio quando commetta, riguardo a beni ereditarii, una colpa che non avrebbe commessa, se si fosse trattato degli altri suoi beni.

In altri termini la colpa debbe essere in questo caso valutata, avuto riguardo alla diligenza, di cui lo stesso erede è, come affermava Pothier; personalmente capace e che suole adoperare ne' proprii affari: *talem igitur diligentiam ... qualem in rebus suis* (l. XXV, § 16. ff. *famil.ercisc.*); per modo che la stessa colpa, riguardata come lieve, in abstracto, potrebbe divenir grave da parte sua considerata in concreto.

In generale, nel nostro novello diritto, il principio sembra essere dovere il debitore adoperare per la conservazione della cosa tutte le cure di un buon padre di famiglia, val dire esser tenuto della colpa valutata in abstracto, secondo le attitudini comuni al maggior numero delle persone (confr. articolo 4137—4094).

Ma cotesto principio soggiace a parecchie eccezioni fra cui è da annoverare il disposto con l'art. 804 (confr. art. 4927, 4928, 4992—4799, 4800, 4864; il nostro tomo VIII, *Trattato della minore età, della tutela*, ec. n. 418—421; Chabot, art. 804, n. 2; Duvergier sopra Toullier, t. II, n° 373, nota 4;

Ducaurroy, Bounier e Rousstain, t. II, n° 623; Demante, t. III, n° 427).

237. — Altronde è questa, innanzi tutto, una quistion di fatto, la cui valutazione si appartiene a' magistrati, secondo le particolari circostanze di ciascuna specie (confr. arresto C. cass. 41 genn. 1830, Ospizio Santa Maria, D. 1830-1-58).

Indubitabilmente l'erede non potrebbe venir dichiarato responsabile del cattivo risultamento di un atto di amministrazione, altronde intelligente ed opportuno, che non avrebbe avuto torto di fare: *sufficit si ab initio utiliter gestum est, etsi eventum adversum habuit quod gestum est* (l. X, § 4, ff. *de negot. gest.*).

Ma neppure è necessario che vi sia stata, da parte sua, mala fede: basta che abbia commesso grave negligenza, come, per esempio: « se abbia lasciato, diceva Lebrun, acquistare prescrizioni contro diritti della eredità che gli erano noti » (lib. III, cap. IV, n° 85); ovvero abbia agito temerariamente, come se abbia sostenuto un giudizio ad evidenza mal fondato (art. 432 C. pr.—223); oppure se abbia impresso, senza buona ragione, a fare pretesi miglioramenti dispendiosi e poco produttivi, ec. (*infra*, n. 256).

All'obbietto puossi affermare ancora oggi, come un tempo, che per regola generale. « l'erede beneficiato debbe amministrare i beni ereditarii nel modo più vantaggioso ai creditori, senza tener dietro alle particolari sue mire, ove sieno opposte al comune vantaggio ». (*Novello Demazart, v. Benef. d'invent.*, § 9, n. 4.)

238. — L'art. 805—888 fa una particolare applicazione della regola generale fermata nell'art. 804—724, quando dichiarava che l'erede beneficiato, se non esibisce i mobili in natura, è tenuto della diminuzione di valore o del deterioramento cagionato dalla sua negligenza.

Il vocabolo *negligenza* è qui sinonimo di *mancanza grave*; avvegnachè non evvi alcuna cagion di supporre avere il legislatore derogato, per tal caso, al principio stabilito nell'art. 804.

Dunque l'erede beneficiato sarebbe responsabile della deteriorazione, val dire dello scemamento materiale di valore sol quando costituisca, da parte sua, un vero abuso (*supra* n° 177), o della diminuzione di valore, per effetto del tempo, del mutamento della moda o delle abitudini, quando avesse avuto il torto di non venderli a tempo debito (confr.

Pothier, nota su l'art. 342 della cons. di Orleans : Delvincourt, t. II, p. 32, nota 8 ; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 498 ; Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. III, n° 624 ; Tambour, p. 359; *red.* nondimeno Bilhard n° 69).

239. — I creditori del defunto ed i legatarii potrebbero forse domandare che l'amministrazione della eredità venisse tolta all'erede, per affidarsi, sia ad un curatore nominato dal tribunale, sia a sindaci di propria scelta, nel caso in cui l'erede vi commettesse colpe gravi, le quali notabilmente potessero a repentaglio il loro pegno ?

Montvallon parla di un regolamento del 1678, a norma di cui il magistrato poteva in alcuni casi, e particolarmente se vi fosse, da parte dell'erede, *fuga o tergiversazione*, far amministrare i beni da un consegnatario o curatore, se tre creditori li richiedessero (cap. IV, art. 40; *red.* eziandio Davot e Bannelier, lib. III, trattato 3, cap. XVIII, n. 46.).

Noi non abbiamo oggidì alcun testo similante; ed n'è certo lice litigare su tal punto.

Ma non pertanto è uopo che i diritti de' creditori e de' legatarii sieno garantiti: or, da un lato, la cauzione che l'erede può esser tenuto di somministrare non è pressochè una compiuta garanzia avverso tutti gli abusi (*infra* n° 243); d'altro lato abusi, eziandio gravissimi, di amministrazione, possono non produrre avverso l'erede la decadenza dal beneficio dell'inventario (*infra*, n. 368 e 387); la qual decadenza altronde non gioverebbe loro menomamente, se l'erede fosse insolvente.

Forse non è da inferirne poter egli, secondo i principii generali del diritto, domandare adoperarsi ogni provvedimento conservativo, conosciuto necessario, ed eziandio la nomina di un terzo amministratore? (confr. nondimeno *supra*, n° 226; ed il nostro *Trattato dell'assenza*, n° 292).

240. — 3° Finalmente, in conformità dell'art. 807—726:

« È tenuto (l'erede beneficiario), se così vogliono i creditori od altre persone aventi interesse, di prestare idonea e sufficiente cauzione pel valore de' mobili compresi nell'inventario, e per quella parte del prezzo degl'immobili che non fosse stata assoggetta a' creditori ipotecarii.

« Mancando egli di dare questa cauzione, i mobili sono venduti, ed il loro prezzo è depositato, come pure la parte non assegnata del prezzo degl'immobili, per essere il

» tutto impiegato a soddisfare i pesi creditarii ».

Dal testo medesimo di questo articolo risulta primieramente:

» Da un lato l'erede beneficiario esser tenuto dar cauzione, se le parti interessate il richieg-

gono ;
Ma d'altro lato esser tenuto altresì a darla, qualora le parti interessate il richieggano : è tenuto, dichiara imperativamente il testo in esame, il quale conseguentemente è applicabile in tutti i casi, senza esservi luogo a distinguere :

Se l'accettazione col beneficio dello inventario sia stata spontanea o necessaria ;

Se l'erede non abbia beni particolari, o sia per contrario di notoria solvibilità (confr. decis. C. di Parigi 28 gen. 1812, Duclaux, Sirey, 1812, II, 445; Chabot, art. 807, n. 2; Fouet de Conflans, art. 803, n. 1; Duvergier sopra Toullier, t. II, n° 386, nota a.).

241. — Maleville ha insegnato il diritto di domandare la cauzione competere a tutti gl'interessati e non a ciascuno di essi (t. II, su l'art. 807).

Ma, supponendo pure che le espressioni adoperate nell'articolo in esame a essero potuto far sorgere, all'obbietto, qualche dubbio, dichiarando *se così vogliono i creditori ed altre persone aventi interesse*, il dubbio medesimo troverebbesi rimosso dall'art. 992 C. pr. — 1068, la cui compilazione affatto diversa attribuisce incontestabilmente a ciascuno dei creditori o interessati individualmente il dritto di domandar cauzione; e di fatti ciò torna sommamente unisono alla ragione ed alla equità (confr. Chabot, articolo 807, numero 3; Zachariae, Massé e Vergé, tomo II, p. 351; Demante, t. III, n. 111; Ducaurroy, Bonnier e Roustain, tom. II, numero 630).

242. — Oltre la cauzione, che l'erede beneficiario poteva altresì esser tenuto dare un tempo (comunque tale obbligo gli venisse imposto più generalmente nelle province consuetudinarie che nelle province di dritto scritto), il nostro antico dritto attribuiva ai creditori una ipoteca su' beni suoi come garanzia della sua obbligazione di render conto e pagare il residuo (confr. Lebrun, lib. III, cap. IV, n. 71; Pothier, *Introd.* al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 54; Merliu, *Rep. v. Benef. d' invent.*, n. 11.).

Si è insegnato la ipoteca emergere ancora oggidì, in forza dell'art. 2123 — 2009, dalla

dichiarazione di accettazione col beneficio dello inventario fatta dall'erede in cancelleria (Bilhard, n. 69).

Ma è questa una impossibile esagerazione del principio fermato con l'art. 2123, ed è uopo reputare indubitato nessuna ipoteca, nè legale nè giudiziale colpire i beni dell'erede beneficiario (confr. Troplong, *De' priv. ed ipot.*, t. II, n. 410).

243. — È mestieri por mente per qual motivo la cauzione possa richiedersi dall'erede beneficiario, ad obbietto di non estendere la sua obbligazione oltre i limiti in cui la stessa legge l'ha circoscritta (red. art. 2015 — 1887).

Or, a norma dell'art. 807, la cauzione può richiedersi unicamente:

1° Pel valore de' mobili compresi nello inventario, di tutti i mobili altronde corporali o incorporali (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 204; Massé e Vergé, t. II, p. 351; Belost-Jolimout sopra Chabot, art. 807, *Osserv.* 1);

2° Per la porzione del prezzo degl'immobili non delegati a' creditori ipotecarii, val dire rimasta libera dopo soddisfatti i creditori ipotecarii (confr. *infra*, n. 290).

Dalle quali cose conseguita l'obbligazione del fidejussore non garantire tutta l'amministrazione dell'erede, e segnatamente non applicarsi:

1° Agl'immobili ereditarii;

2° A' frutti, e più generalmente ai mobili non compresi nell'inventario;

3° Alle colpe che l'erede potesse commettere (confr. Lebrun, lib. II, cap. IV, n. 12; Chabot, art. 807, n. 4; Tambour, pag. 360; Carré e Chauveau, *quis.* 2524; Fouquet, *Enciclop. del Dritto*, v. *Benef. d' invent.*, numero 100; Davot e Bannelier, t. III, lib. III, trat. 5, cap. XIX, n. 11).

244. — Gli art. 992 e seg. C. pr. — 1068 determinano le forme da osservare per la domanda e la ricezione della cauzione.

245. — La cauzione debbe essere, dichiara il testo in esame, idonea e sufficiente.

Sembra che un tempo, comunque tal condizione venisse imposta all'erede con le stesse lettere del beneficio d' inventario, non venisse osservata dapprima con molta severità, se vogliasi tener dietro a quanto afferma Bretonnier: « è un corbellare il principe, egli esclama, il farlo parlare in tal guisa; dappoi ch'è questo mallevadore è sempre un servo del Castelletto, un mallevadore feudale, privo di

snolo! » (Sopra Henrys, lib. VI, cap. IV, quist. II).

Ma nulladimeno i creditori avevano finalmente richiesto una valida cauzione (confr. Denizart, v. *Benef. d' invent.*, n. 17); e precisamente tal dritto vien loro conservato con l'articolo in esame.

Altronde, essendo legale questa fidejussione, è mestieri che riunisca le condizioni richieste con gli articoli 2018 e 2019 — 1896 e 1891.

246. — Ma non potrebbesi pretendere, come nulladimeno pretendono Duranton (t. VII, n. 31) e Ponjol (art. 807, n. 29), andare il mallevadore sottoposto all'arresto personale, in forza del secondo comma dell'art. 2040 — 1912; dappoi che non trattasi di fidejussione giudiziale (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 205; Tambour, p. 361).

247. — Del resto, essendo legale la fidejussione, potrebbesi invocare l'art. 2041 — 1913; e l'erede, il quale non potesse trovare un mallevadore, potrebbe in vece dare un pegno sufficiente.

Potrebbe forse anche offrire una ipoteca su' suoi immobili? è questa una quistione la quale nulla presenta di speciale al nostro subbietto, e la quale può sorgere quante volte richieggasi dalla legge una cauzione: dunque ne differiamo la soluzione al luogo opportuno (confr. il nostro *Trattato dell' assenza*, numero 93; decis. C. di Aix 28 novem. 1831. Gujen, *Dev.*, 1831, II, 132; Fovët de Confans; art. 807, num. 4; Zachariae, Aubry e Rau, tom. V, pag. 203; Fouquet, *loc. supra cit.*, n. 402.)

248. — Qualora l'erede non dia cauzione, gl'interessati han dritto di privarlo dell'amministrazione de' valori, di cui doveva essere responsabile il mallevadore.

Consequentemente ogni parte può dimandare la vendita immediata de' mobili compresi nello inventario ed il versamento nella cassa de' depositi di tutto il contante ereditario, sia che già vi si trovasse nel momento della morte, sia che provenga dalla vendita de' mobili o degl'immobili (confr. art. 807 — 726; ord. del 3 luglio 1816, articolo 2. num. 42.).

249. — Dopo avere esposto quali garanzie trovansi concesse alle parti interessate contro gli abusi dell'amministrazione dell'erede beneficiario (*supra*, n. 236 e seg.), dobbiamo ora disaminare in che consista l'amministrazione medesima.

Or tal disamina si riferisce precisamente ai quattro seguenti punti:

A. A' diversi atti di amministrazione, non specialmente contemplati dalla legge, i quali possono doversi fare nello interesse del patrimonio ereditario;

B. Alla vendita dei beni, mobili o immobili dipendenti dalla eredità;

C. Al modo onde i creditori del defunto ed i legatarii possono venire soddisfatti;

D. Al rendimento del conto dell'erede beneficiario.

A. *De' diversi atti di amministrazione non specialmente contemplati dalla legge, i quali possono doversi fare nello interesse del patrimonio ereditario.*

SOMMARIO.

250. — L'erede beneficiario è incaricato di amministrare i beni ereditarii. Conseguenza.

251. — Quali sieno l'ampiezza ed il limite della facoltà dello erede beneficiario. — *Esposizione.*

252. — *Continuazione.*

253. — L'erede beneficiario può e debbe fare tutti gli atti di amministrazione nel senso ampio di questo vocabolo.

254. — *Continuazione.*

255. — Può forse egli medesimo cedere i beni ereditarii?

256. — Può forse fare tagli di alberi, aprir cava, ec?

257. — Debb' forse impiegare i capitali?

258. — *Continuazione.*

259. — Gli atti di disposizione, qualunque sieno, fatti dall'erede beneficiario, sono sempre validi riguardo a' terzi.

260. — Ma può mai fare atti di disposizione nella sua qualità di amministratore e senza perdere il beneficio dello inventario?

261. — *Continuazione.* — *Esposizione.*

262. — 1° L'erede beneficiario può forse piastre la nome della eredità?

263. — 2° e 3°. — Può forse vendere eredità sopra privati, azioni industriali, un ufficio di petroliatura o analogo, o uno stabilimento di commercio, ec., rinvenuti nella eredità? Può mai accettare o rinunziare ad una eredità spettata al *de cajone*? — Procedure ad una divisione? — Prestare acquiescenza o compromettere? — Consentire ipoteca?

264. — *Continuazione.*

265. — *Continuazione.*

266. — *Continuazione.*

267. — *Continuazione.*

267. bis. — *Quid* in caso di appropriazione forzata per causa di pubblica utilità?

268. — *Continuazione.* — *Quid* circa il compromesso?

269. — L'erede beneficiario non può in questa qualità disporre a titolo gratuito de' beni ereditarii.

270. — Neppure può dare in pagamento a' suoi eredi particolari i beni ereditarii.

250. — L' art. 803—720 dichiara esser l'erede beneficiario incaricato di amministrare i beni ereditarii.

Dalle quali cose conseguita primamente:

1° Che egli appunto è verso i terzi, attivamente e passivamente, il rappresentante della eredità;

2° Che ne è l'unico rappresentante, e che non è menomamente tenuto a consultare i creditori o i legatarii nè udire il loro parere.

Costoro hanno indubitatamente dritto;

Sia d' intervenire, per vigilare essi medesimi alla conservazione dei beni formanti il loro pegno (arg. dagli art. 882, 1166—802, 1119);

Sia d' impignare, per causa di frode, con l'azione Pauliana o con apposizione di terzo, gli atti consentiti dall'erede o le sentenze emesse contro di lui (art. 1167—1120; confr. Chabot, articolo 803, n. 4—720).

Ma la regola generale si è il solo erede rappresentare la eredità riguardo ai terzi.

251. — Quali sono le regole di tale amministrazione? Quale ne è mai l'ampiezza ed il limite?

Il legislatore non ha dichiarato ciò; ed il suo silenzio ha fatto sorgere molta incertezza circa le facoltà competenti all'erede beneficiario; la titubanza riesce talvolta tanto più grave, in quanto che il carattere dell'erede medesimo presenta un certo che di misto ed indeciso, il quale rende sempre inadeguate le varie analogie cui si possa ricorrere per determinare le sue facoltà.

Non pertanto tutti sono di accordo in generale nello ammettere che la sua posizione, come amministratore, offra qualche somiglianza, sia con quella del tutore, sia soprattutto con quella del curatore destinato alla eredità giacente; e forse vi si potrebbe scorgere altresì qualche affinità con l'amministrazione dello immesso in possesso provvisoriale dei beni dell'assente (ved. il nostro *Trattato dell' assenza*, n. 403 e seg., ed il nostro *Trattato della minore età, della tutela*, ec., t. I°, n. 635 e seg.).

Di fatti a coteste analogie ed affinità avviamo esservi luogo ricorrere nelle ipotesi non contemplate del nostro subbietto, osservando nondimeno che l'erede beneficiario, a differenza del tutore e del curatore destinato alla eredità giacente, è simultaneamente amministratore e proprietario dei beni che amministra, epperò a fortiori debbe avere almeno le stesse facoltà del tutore o del curatore destinato alla eredità giacente.

252. — È indubitato un primo punto, cioè

che questa amministrazione, di cui trovasi incaricato l'erede beneficiario, debbesi intendere in modo alquanto ampio, e che non converrebbe assingiarla a quella facoltà di amministrazione moralmente provvisoria ed interina, di cui il capace di succedere, il quale non abbia ancor deliberato, trovasi incaricato nel corso dei termini conceduti per distendere inventario e deliberare (confr. articolo 779, 796, 896, 713; il tomo II, numero 275-277, e 413 e seg.).

Per contrario qui trattasi di definitiva amministrazione dell'erede accettante, il quale, comunque beneficiario, amministra sempre la propria cosa.

Quindi non è questa una pura amministrazione, come quella spettante al minore emancipato (artic. 484-484), ma piuttosto una libera e piena amministrazione, come quella dalla legge attribuita alla donna maritata sotto la osservanza della regola della separazione di beni, ovvero al marito sotto la regola dotale, relativamente ai beni costituiti in dote (art. 1449, 1536, 1549-1549, 1562).

253. — Conseguentemente l'erede beneficiario può fare tutti gli atti i quali, secondo l'usanza generale, s'usano riguardati come atti di amministrazione nell'ampio senso di questo vocabolo.

Non solo dunque far eseguire le piccolo o grandi riparazioni; interrompere prescrizioni; prendere o rinnovare iscrizioni per privilegio o ipoteca, far rinnovellare, come insegna Pothier, i titoli, riscuotere rendite ed interessi.

Ma altresì ricevere i capitali e la rimborsazione delle rendite; soddisfare i creditori ed i legatari, salvo l'uniformarsi in taluni casi, alle regole imposte all'obbietto; in somma fare tutti gli atti non solo conservatori, ma di amministrazione propriamente detta (confr. Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, art. 2, § 4; Duranton, t. VIII, n. 36; Chabot, art. 803, n. 2).

254. — Egli può altresì indubitabilmente locare i fondi urbani o rustici; e la regola ci sembra essere dovere, relativamente alla durata ed all'epoca del rinnovamento delle locazioni, uniformarsi a quanto la legge ha imposto, per questa specie di atti, ai tutori, ai mariti, agli usufruttuarii (art. 595, 1427, 1430, 1718-1718, 1398, 1401, 1564).

Se agisse diversamente, vi sarebbe luogo a disaminare in fatto, secondo le circostanze,

se abbia praticato un atto intelligente utile alla eredità, e se per contrario commesso una colpa di natura tale da renderlo responsabile (art. 804-721, *supra* numero 237).

255. — Altronde nulla ci sembra impedire di coltivare esso medesimo i beni della dote; dappoiché ne è proprietario, e ne testo gli impone l'obbligo di locarli: dui è sufficiente che egli renda conto dei f ai creditori ed ai legatari (confr. dec. di Douai 14 mag. 1855, Bouin-Bande, t. 1845, 11, 25; ed il nostro *Trattato della dote*, ec. t. I, n. 644).

256. — Potrebbe eziandio, per lo stesso motivo, far procedere al taglio dei boschi in pi determinati, ed alle correlative estirpazioni dalle cave e dalle miniere.

Ma, circa gli alberi non saggiati a tagli determinati l'erede beneficiario metterebbe, a parer nostro, grave imprudenza, se li facesse recidere;

Oppure se assumesse l'impegno di aprire una cava o una miniera in un predio d'eredità;

Ed a fortiori, se demolisse un edificio. La legge, la quale lo incarica di amministrare i beni ereditari, ci sembra imporre per la stessa ragione, di conservare per quanto fosse possibile lo *statu quo*, e virtualmente inibirgli ogni atto, il quale, senza aver carattere di atto di amministrazione, produrrebbe il risultamento di mutare o snaturare i beni ereditari.

Dunque similgianti atti potrebbero renderlo gravemente responsabile (*supra*, numero 237).

257. — Nessun testo impone all'erede beneficiario, come gli art. 455-456-378-3 l'obbligo d'impiegare i capitali ereditari in un termine qualsivoglia.

E però non ci sembra possibile pretendere da lui che renda conto degli interessi dei capitali non impiegati, eccetto quando gli si sono adoperati a particolare suo uso (arg. l'art. 1996-1868; confr. dec. C. di Reims 18 lug. 1828, Huet, Sirey, 1829, 77; di Parigi 9 nov. 1813, Orfila, D. 1814, 489; Davot e Bannelier, *loc. supra* e Poujol, art. 803, n. 10; Fouet de Couffla art. 803, n. 6; Belost-Jolimont sopra Chal art. 803, Osserv. 4; Zachariae, Aubry e R t. V. p. 198).

258. — Ma se non è tenuto al dovere rigoroso di fare tale impiego, almeno ha d

to di farlo a segno tale da non tornare impossibile che la sua prolungata negligenza all' obbietto potesse, secondo i casi, considerarsi come colpa grave.

Affermiamo averne il dritto; e siccome la legge, la quale non lo astringe a tale impiego, non ne ha determinato il modo nè le condizioni, così ne conseguita a lui stesso competere il determinare, sotto la sua responsabilità, quale impiego riuscirà per la eredità più vantaggioso e sicuro.

Indubitatamente agirà con prudenza, per propria cautela, facendo l' impiego medesimo nel modo e nelle condizioni suggeriti in generale agli amministratori tenuti a render conto ed a coloro i quali non abbiano la piena disposizione dei capitali (arg. dall' articolo 4067—1023).

Ma da ultimo, nel silenzio della legge, può fare, sotto la sua responsabilità, quello impiego che stimerà conveniente:

Sia in eredità sopra privati;

Sia in rendite su lo Stato, o in azioni della Banca, di ferrovie, ec.,

Sia in rendite perpetue sopra privati;

Sia finalmente in compré d'immobili.

Abbiam diviso cotesta facoltà competere al tutore ed alla donna maritata separata di beni (confr. il nostro tomo VII, *Trattato della minore età*, ec. n. 670 e segg., ed il nostro tomo IV, *Trattato del matrimonio e della separazione personale*, n. 457).

Or ci sembra impossibile il non conferire all' erede beneficiario la stessa facoltà che al tutore.

Altronde osserviamo:

Da un lato, che questi valori, rendite perpetue o immobili, acquistati dall' erede beneficiario col danaro ereditario, dovranno formare il pegno de' ereditori della eredità e de' legatarii, i quali potranno farli vendere;

E d' altro lato, che l' erede beneficiario è proprietario, e che sarebbe durezza assolutamente negargli la facoltà di valersi di un utile impiego offertosi, sia in rendite, sia in immobili; tanto più che l' accettazione col beneficio dello inventario può essere necessaria, e così interdirebbersi questa facoltà agli eredi minori o interdetti, val dire a coloro cui per contrario la legge vuole largire tutta la sua protezione!

259.— Soprattutto circa gli atti aventi un carattere di disposizione le facoltà dell' erede beneficiario trovansi con poca chiarezza definite.

Ma è uopo dapprima bene intendersi:

Quando dimandiamo se l' erede beneficiario possa fare atti di disposizione, trattasi di conoscere se possa fare questi atti nella sua qualità di erede beneficiario, e senza divenire erede puro e semplice.

Relativamente alla validità degli atti stessi da lui fatti, sieno qualunque tali atti, debbe al certo venir proclamata rispetto a' terzi: avvegnachè da un lato l' erede beneficiario è proprietario, e d' altro lato può sempre liberamente rinunziare al beneficio dello inventario e dipartirsi dalle restrizioni che il beneficio medesimo arreca allo esercizio del suo diritto di proprietà; e da ciò ad evidenza risulta, pe' terzi, verso cui ha agito come proprietario, un diritto acquistato alla validità del fatto, eziandio verso i creditori della eredità ed i legatarii (arg. dagli art. 988—989 C. pr. — 1064—1065; *supra*, n. 172; confr. decisi. C. di Parigi 20 giac. anno VII, de Chabannes Sirey, 1807, II, 997; 17 die. 1822, Vertillac Sirey, 1823, II, 463; di Caen 16 lug. 1834, Rosselet, Dev., 1835, II, 180; arresto C. cas. 6 giugno 1849, Montelar, Dev., 1849, I, 481; 3 lug. 1854, Lestrade, Dev., 1854, I, 485; Merlin, *Rep.*, v. *Benef. d' invent.*, n. 26; Chabot, art. 803, n. 2, ed art. 806, n. 2—724; Malpel, n. 228; Taubour, p. 387; Duwante, t. III, n. 126 bis, II.).

260.— Ebbene! adunque l' erede beneficiario può forse in questa qualità fare atti aventi un carattere di disposizione o alienazione?

Bentosto ravviseremo aver la legge determinato talune condizioni e formalità:

1° Per la vendita degli immobili;

2° Per la vendita de' mobili corporali e delle rendite sopra privati;

3° Pel trasferimento delle rendite su lo Stato ed eziandio delle azioni della Banca di Francia (*infra*, n. 272 e seg.).

In questi casi però è uopo che l' erede osservi le condizioni e le formalità imposte, se non voglia porre a repentaglio la sua qualità.

261.— Ma che mai statuire intorno agli altri atti, rispetto a cui il legislatore non ha stabilito forma nè condizione alcuna?

Ve ne sono alquanti, i quali nella maggior parte possono riuscire sommamente importanti.

Laonde:

4° L' erede beneficiario può forse piatire, in nome della eredità, in qualità di convenuto

o attore, sia in materia mobiliare, sia in materia immobiliare?

2° Può forse rendere quei mobili, cui non applicansi gli art. 805 C. Nap.—723, e 988 C. pr.—1064, val dire i crediti sopra privati; le azioni nelle intraprese commerciali ed industriali, de' canali, delle ferrovie, ec.; un ufficio ministeriale di patrocinatore, di notaio o altro; ovvero uno stabilimento di commercio, fabbrica od opificio rinvenuti fra' beni della eredità?

3° Può forse accettare o rinunziare ad una eredità spettata al *de ejus* ed intorno alla quale costui non avesse deliberato?

4° Può forse, assumendo la veste di convenuto o attore, procedere alla divisione, sia della stessa eredità, da lui accettata col beneficio dello inventario, sia di una eredità o di ogni altra cosa indivisa pertinente al *de ejus* rinvenuta nella sua eredità?

5° Può forse transigere, prestare acquiescenza, compromettere?

6° Finalmente può forse ipotecare un immobile ereditario, qualora il richiegga lo interesse della stessa eredità?

262. — 1° La prima di tali quistioni non forma in generale dubbio alcuno; e tutti sono di accordo nell' ammettere che l'erede beneficiario ha qualità per instituir solo ogni specie di azioni e per difendersi, e che conseguentemente esso appunto debbesser convenuto in giudizio per riassunzione d'istanza introdotta dal suo autore.

Il motivo ne è semplice quanto perentorio:

Val dire che, a norma dell'art. 813—732, questo diritto compete al curatore destinato alla eredità giacente: or a fortiori debbe ad evidenza competere all'erede beneficiario (ved. eziandio art. 132 C. pr.—223).

Dunque l'erede beneficiario rappresenta, in tali congiunture, i ereditori della eredità ed i legatarii; e ciò che venga statuito a pro di lui o avverso di lui reputasi però statuito a favore o contro di essi; tanto meno che trattasi degl'interessi collettivi della eredità, e con la riserva de' diritti individuali pertinenti a determinati ereditori (confr. arresto C. cass. 4 feb. 1830, Lagarde, D. 1830-1-104; decis. C. di Nîmes 8 feb. 1832, Marlin, D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 818; arresti C. cass. 4 ag. 1849, Durand-Vangaron, Dev., 4849-4-631; 26 aprile 1852, Sian, Dev., 1852-4-513; Merlin, *Rep.*, v. *Eredi*, sez. II, § 3, n. 5; Polhier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, art. II, § 4; Demante, t. III, n. 426 bis, II;

Zarhrise, Massé e Vergé, t. II, p. 341; ré e Chauveau, n. 2528; Thomine-Desres, n. 4191; Tambour, p. 377; Fouque *ciclop. di Diritto*, v. *Be-ef. d'in. ent.* r

263. — 2° a 6° Per contrario è tesi certa e sommarmente controvertita quell guardante gli altri atti da noi additati i zi (n° 261).

A. Taluni han ragionato nel seguente A norma dell'art. 803—720 l'erede ficiato è incaricato soltanto di ammini i beni della eredità;

Or gli atti in esame sono atti di alie ne eccedenti le facoltà di un amminist (arg. dagli art. 4988 e 2045—1860 e

Dunque l'erede beneficiario non può senza perdere la qualità sua per tal cire za; ed io vero così l'art. 747 C. pr.—8 simiglia gli eredi beneficiati a' minori e altri incapaci (ved. le considerazioni d rere del Consiglio di Stato del dì 41 gc 1808).

Ma primieramente è manifesto che a radicale diltina neppure potrebbe veni sa in campo, relativamente a taluni de ti in esame, i quali sono, come afferma ti necessari, e che bisogna assolutu che l'erede beneficiario possa fare in qualsivoglia in nome della eredità, cui r dano; come l'accettazione o la rinun una eredità spettante al *de ejus*, la d ne de' beni indivisi fra la eredità ed un

E ben vero che gli altri atti sono, coe fermasi pure, per antitesi, atti *volontar* me la transazione o l'ipoteca: e di fatti samente riguardo a' medesimi questo sistema statuisce non potere consentirli de beneficiario (confr. decis. C. di Parigi gno 1808, Layleu, Sirey, 1808-2-20 resto C. cass. 20 lug. 1814, Petiet, t 1815-1-32; decisione C. di Bordò 21 n 1824, Taffard, Sirey, 1828-2-245; omoges 10 marzo 1836, S..., Dev., 2-350; Merlin, *Rep.*, v. *Beuef. d' in* 26; Duranton, t. VII, n° 55; Chabot 803, n. 2; Malpel, n° 237; Taulier, t. 260; ved. eziandio Massé e Vergé sop eharise, t. II, p. 350.)

Ma a dir vero sinigliante dottrina soddisfacente? pongasi mente non tr qui semplicemente del particolare att dell'erede: trattasi dello interesse dell sa eredità, la quale forma il peggno d tori e de' legatarii; e qualora sia neces nello interesse della eredità stessa, lo

care uno degli immobili, ovvero la prudenza consigli un'equa e vantaggiosa transazione, la ipoteca e la transazione sarebbero assolutamente impossibili!

264. — B. Rispetto a noi, non sapremmo crederlo.

È indubitato che il nostro antico diritto non aveva reoditi impossibili quegli atti all'eredità beneficiata: in generale egli aveva due mezzi di poterli fare in nome della eredità, e senza porre a repentaglio la qualità sua; val dire ottenere:

Sia il consenso de'ereditori apparenti;

Sia l'autorizzazione giudiziale (ved. il *Novello Denizart*, v. *Benef. d'invent.*, § 9, n. 6 e 7; Duparc-Poullain, *Compendio degli atti di notorietà*, p. 231, n.º 11).

Or ci sembra che, nel nostro nuovo diritto, l'eredità beneficiata debba poter venire altresì autorizzata giudizialmente a far gli atti in esame.

È ben vero che taluni insegnano poter egli farli col consenso de'ereditori e de'legatarii (confr. *Zachariae*, *Aubry e Rau*, t. V, p. 464 e 469).

Indubitabilmente non incontrerassi veruna difficoltà, se l'eredità beneficiata ottenga il consenso de'ereditori della eredità e de'legatarii.

Ma non possiamo concedere esser questo l'unico mezzo che abbia di consentire gli atti in esame:

Sia perchè in verun caso il nostro Codice il sottopone, nell'amministrazione di cui è incaricato ad ottenere il parere o il consenso de'ereditori (*supra*, n.º 250);

Sia perchè di fatti tali pareri o consensi, oltre le spese e le lentezze considerevoli che produrrebbero, e che tornerebbe spessissimo malagevole il dimandare, atteso i molteplici creditori e legatarii, la loro lontananza, la loro assenza, la loro incapacità, sarebbero quasi sempre molto più malagevoli ancora ad ottenere da'ereditori o da'legatarii, i quali non avrebbero in generale alcuno degli elementi necessari per formarsi una ragionata opinione circa la utilità o la opportunità dell'atto da fare. Quindi, ezià nel nostro antico diritto, preferivasi molto l'autorizzazione del magistrato al senso de'ereditori e de'legatarii (*Novello Denizart*, loc. *supra*; *Toullier*, t. II, n.º 390).

La quanto a noi, la nostra dottrina è dunque la seguente:

L'amministrazione, di cui l'art. 803 investe l'eredità beneficiata, debbesi intendere in

senso ampio ed elevato pel duplice motivo; primieramente trattarsi di un'eredità, val dire di un proprietario che amministra la propria cosa; in secondo luogo trattarsi dell'amministrazione di un complesso di beni, di un patrimonio. La facoltà, conferita dall'art. 803 all'eredità beneficiata, debbe dunque avere almeno lo stesso carattere e la stessa ampiezza del mandato conferito dall'art. 450—473 al tutore; ed il vocabolo *amministrare* adoperato a' due articoli, debbesi intendere nella stessa guisa in entrambe le ipotesi. Sarebbe ad evidenza fare abuso dell'art. 747 C. pr.—831 il desumere dal caso particolare cui riguarda una tesi generale, per effetto di cui gli eredi beneficiati vorrebbero, sotto ogni rapporto, assimigliati a' minori ed agli altri incapaci (ved. il nostro tomo VII, *Trattato della minore età*, ec., n.º 633).

Ciò premesso sosteneremo:

Tutti gli atti, che il tutore di un minore può fare solo, senza condizioni né formalità, l'eredità beneficiata potrà farli parimente solo, senza formalità né condizioni;

E circa gli atti, per cui il tutore debbe osservare talune condizioni o formalità converrà che l'eredità beneficiata dimandi l'autorizzazione al magistrato, il quale potrà, sia accordare, sia negare tale autorizzazione, ed il quale, se l'accorda, potrà eziandio, secondo i casi, sottoporre l'atto a quelle condizioni e formalità che gli paresse utile far osservare.

Laonde, in conformità di questa dottrina:

1º L'eredità beneficiata può vendere solo, senza autorizzazione e formalità tutti i mobili cui non applicansi gli art. 805 C. Nap.—723, o 988 C. pr.—1064, né il parere del Consiglio di Stato del dì 11 gennaio 1808; val dire i crediti sopra privati o un ufficio ministeriale riavuti nella eredità (ved. il nostro tomo VII, n.º 586 e seg.);

2º Debbe, per accettare o rinunziare ad una eredità spettata al *de ejus*, dimandare l'autorizzazione al magistrato, il quale, se lo autorizza ad accettare, dovrà, a parer nostro, imporgli l'obbligo di non accettare tranne col beneficio dello inventario (arg. dagli articoli 464 e 766—384 e 693; *Demaue*, t. III, n.º 426 bis, II);

3º Similmente può formare una dimanda di divisione con autorizzazione giudiziale (arg. dall'art. 466—388); ed avvisiamo competere al magistrato lo statuire se la divisione dovrà farsi giudizialmente, ovvero potrà aver luogo amichevolmente (confr. *decis. C. di*

Reunes 19 dic. 1835, Delagenadière, Dev., 4837, II, 476; arresto C. cass. 26 luglio 1837, I, 765; Chauveau sopra Carré, *Leggi della proc.*, quist. 2516; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 373, nota a; Denante, *loc. supra cit.*);

4° Da ultimo applichiamo tal dottrina alla ipoteca, che il tribunale potrebbe autorizzare, determinando gli immobili che ne dovrebbero essere gravati e le altre condizioni della operazione, del pari che alla transazione per cui il magistrato potrebbe ordinare esser l'erede beneficiato tenuto ad ottenere preventivamente il parere di tre giuriconsulti (arg. dall' art. 467 — 390).

Ci pare questa tesi nel tempo stesso unisona alla ragione ed allo interesse bene inteso di tutte le parti.

263. C. Nondimeno dobbiamo ammettere andare essa incontro a gravissima obiezione, « piuttosto ad un vero impedimento di pratica esecuzione, nel rifiuto fatto più volte dal potere giudiziario di accettare lo incarico affidatogli da questa dottrina: »

« Considerando che nessuna disposizione di legge comanda lo intervento del magistrato, nè la sua preventiva autorizzazione per le transazioni che l'erede beneficiato possa avere interesse di consentire; — Considerando che la legge, sottoponendo espressamente a tale autorizzazione, con gli art. 796 ed 806 C. Nap. — 713 e 724, e 986, 987, 988, 989 C. pr. — 1062, 1063, 1064 e 1065, le domande di vendita di mobili o immobili dipendenti da eredità accettata col beneficio dello inventario, ha sufficientemente dimostrato poter l'erede beneficiato far liberamente, sotto la propria responsabilità, tutti gli atti non additati nei su riferiti articoli; — Considerando che se i tutori ed i sindaci possono transigere sol dopo avere osservato talune formalità e salvo la omologazione del magistrato, la ragione si è che i tutori ed i sindaci sono semplici amministratori per conto altrui, e possono conseguire la facoltà di alienare unicamente dall'autorità del magistrato, mentre l'erede beneficiato, personalmente proprietario dell'eredità, e, in questa qualità, capace di dichiararsi erede puro e semplice, rinviene in sè stesso sufficiente capacità per valutare lo interesse di una transazione e consentirvi; — Considerando che se, col transigere, l'erede beneficiato può mettere a repentaglio la qualità sua e divenire erede puro e semplice, è questa una conseguenza che

a lui solo compete prevedere e valutare cui la legge gli lascia la piena responsabilità; — Considerando finalmente che il sistrato non potrebbe, senza eccesso di in mancanza di una special disposizione la legge, esimere preventivamente l'erede beneficiato dalla decadenza che potrebbe emergere dall'atto di transazione da lui messo.; — Considerando che l'opposizione sarebbe tanto più pericolosa in che siniglianti sentenze vengono emesse in la presenza delle parti interessate tradire, e sopra documenti i quali possono discutere nè oppugnare... » (C. di Parigi 30 lug. 1850, Boudin-Des Dev., 1850, II, 453; di Parigi 19 marzo Jouquet, Dev. 1852 II, 169; di Parigi 4834, Ney della Moskowa, Dev., I, 785; agg. decisa C. di Caen, 2° corr. apr. 1843, Roussel; Massé e Vergé Zachariae, t. II, pagina 350.)

Questi motivi sono al certo somma gravi; e noi stessi abbiamo osservato a potersi effettivamente sostenere il mag non trovarsi istituito per emettere ec (*ved. Rivista critica di giurispr.*, to p. 709.)

Ma nulladimeno non potrebbesi quanto la posizione che tal dottrina pica all'erede beneficiato sia spiacevoli tutti i rapporti, non solo nel suo interesse ma nello interesse collettivo della eredità di tutti gli aventi dritto. In vero il sos che l'erede beneficiato rinviene in sè la sufficiente capacità per transigere, p tivo essere sempre capace di dichiararsi de puro e semplice, non è dare, è forza fessarlo, una soddisfacente soluzione! gnachè precisamente trattasi di render sibile la transazione e gli altri atti nell resse della stessa eredità, e senza che de beneficiato, facendoli, ponga a repen la sua qualità!

Dunque è mai vero che il dritto di dare queste specie di autorizzazione al de beneficiato ecceda i poteri del magis e non puossi pretendere per contrario gere esso, sia da un complesso di generalogiche attinte nelle disposizioni riguarda l'assenza, la tutela, il sistema dotale, si le speciali analogie desunte dal nostro simo subbietto; dappoichè, se il legis richiede che l'erede beneficiato diquand torizzazione del giudice per vendere u mobile, non è forse razionale il divisar

re il legislatore dovuto volere a fortiori che egli la dimandi del pari per tutti gli atti, almeno, altrettanto gravi, de' quali qui trattasi. È ben vero precisamente il motivo avere il legislatore richiesto tale autorizzazione per alcuni determinati atti precludersi a fondamento per sostenere non averla richiesta per gli altri atti. Ma questo argomento a contrario suppone una legge affatto preveggenze e compiuta, o converrebbe esser tale il nostro Codice intorno al subbietto del beneficio dell'Inventario; e l'argomento a pari ci sembrerebbe per l'opposto qui da preferire tanto più che il nostro antico dritto, come affermammo, sottoponeva l'erede beneficiato alla necessità di ottenere l'autorizzazione del giudice per tali specie di atti. Quindi lo stesso Consiglio di Stato, nel suo parere del dì 11 gennaio 1808, dette l'esempio di questa estensiva applicazione, statuendo esser l'autorizzazione necessaria all'erede beneficiato per trasferire le inserzioni di rendite su lo Stato maggiore di cinquanta franchi.

È Bertin, nel suo utilissimo lavoro della Camera del Consiglio, ci fa conoscere che lo stesso Tribunale civile della Senna parrebbe avere abbandonato la sua precedente giurisprudenza, accordando agli eredi beneficiati l'autorizzazione, sia di transigere, sia di prendere a mutuo (t. II, n. 361, nota a; Demante, tom. III, n. 426 bis, II e III; Tambour, pagina 401.)

Chechè ne sia, se venisse statuito il Tribunale non avere il potere di accordare o negare tali specie di autorizzazioni all'erede beneficiato, allora avviseremmo l'erede medesimo potere, nella sua qualità di erede beneficiato, fare in nome della eredità tutti questi atti, cioè accettare o rinunziare ad una eredità spettata al *de cuius*, procedere ad una divisione, ipotecare un immobile ereditario, transigere.

E sosteneremo, con Davot e Bannelier, esser questo un erede il quale, sperando del guadagno, amministra il patrimonio ereditario come proprio (t. III, lib. III, trattato 5, cap. XIX, n. 24).

Egli potrebbe, avvisiamo, farli sotto la sua responsabilità; ma non intendiam sostenere ecceder colesti atti necessariamente le facoltà sue; anzi tutto l'opposto! opineremmo avere avuto il dritto di farli, se gli avesse fatto di buona fede per maggiore interesse della eredità (confr. Toullier, tom. II, numeri 461-462).

Facciamo riflettere particolarmente, circa la transazione, che l'erede dovrebbe consentire qualche sacrificio o abbandono solo riguardo allo stesso oggetto in contesa, e che ad evidenza porrebbe a rischio la responsabilità sua, se abbandonasse il dritto della eredità in un oggetto non in litigio nè controverso.

266. — Appunto, per applicazione di questo principio, si è statuito l'erede beneficiato non eccedere le facoltà sue, quando esoneri il possessore di una lettera di cambio, da pagarsi dalla eredità, dallo sperimentare il regresso contemplato con l'articolo 463 C. com. — 462 (Arresto C. cass. 5 lug. 1843; Duboul, D. 1843, I, 463).

267. — Similmente con buon fondamento, a creder nostro, si è dichiarata valida la dazione in pagamento, fatta dall'erede beneficiato ad un creditore della eredità, di rendite pertinenti alla eredità per lo importare del loro capitale (confr. arresto C. cass. 45 dicembre 1820, Hieffer, Sirey, 4824, I, 303).

267 bis. — Avvisiamo parimente che, quando alcuni beni della eredità vadano spropriati per cagion di pubblica utilità, l'erede beneficiato può, con autorizzazione del magistrato, consentire amichevolmente l'alienazione o accettare gli offeriti indennizzamenti (arg. dagli articoli 13 e 25 della legge del 3 maggio 1844).

E se venisse statuito il magistrato non dovere impartirgli in questo caso alcuna autorizzazione, come statui il Tribunale civ. della Senna nel 13 aprile 1850, opiniamo poter egli allora, in forza del suo dritto di libera amministrazione, far solo all'amichevole simiglianti convenzioni (confr. Bertin, tomo II, n. 1200).

268. — È uopo forse applicare tal dottrina al compromesso?

Il vero si è che nessun testo vieta specialmente all'erede beneficiato compromettere su gl'interessi della eredità; anzi sembra non potergli applicar, per analogia, il divieto fatto al tutore di compromettere su gl'interessi del minore; dappoichè il divieto medesimo, relativamente al tutore, è poggiau sul motivo generale non potersi compromettere sopra alcuna delle contese soggette a comunicazione al pubblico ministero, e le controversie riguardanti i minori andar comprese in tal novero (confr. art. 83 e 1004 C. pr. — 177 e 1080): or tal motivo non è applicabile all'erede beneficiato.

Laondo potrebbesi sostenere potere effettivamente compromettere in nome della eredità, soprattutto quando trattisi di contese relative a semplici atti di amministrazione, come, per esempio, al godimento dei beni, a conteggi con fittajoli (confr. decis. C. di Parigi 3 giugno 1808, Leleu, Sirey, 1808, II 209; Toullier, tomo II, numero 361; Bilhard, numero 76).

Tal soluzione, circoscritta entro questi ultimi limiti, parrebbe effettivamente ragionevole (ved. il nostro tomo IV, *Trattato del matrimonio e della separazione personale*, numero 460).

Ma è forza confessare esser noi qui giunti allo estremo limite e l'erede beneficiario dover temere con somma gravità perdervi la qualità sua ed il suo beneficio!

269. — Circa la disposizione a titolo gratuito, sia tra vivi, sia per testamento, di un oggetto della eredità, è manifesto che l'erede beneficiario non potrebbe farla in questa qualità; avvegnachè tale atto cecede la facoltà della più ampia amministrazione.

Dobbiamo eccettuare le piccole gratificazioni, che sogliono farsi in alcune circostanze, e le quali van riguardate come una specie di debiti.

Per lo stesso motivo l'erede beneficiario neppur potrebbe fare remissioni ai debitori della eredità, nè rinunziare a lor pro al beneficio del termine (confr. arresto C. cass. 9 giugno 1849, Montclar, Dev., 1849, I, 487; Tanbour, p. 313, ved. il nostro tomo II, dell'Assenza, num. 236, ed il nostro tomo VII, della *Minore età, della Tutela*, ec., numero 775).

270. — Converrebbe dire altrettanto circa la dazione in pagamento, fatta dall'erede beneficiario ad uno dei suoi particolari creditori, di un oggetto pertinente alla eredità.

B. — Della vendita de' beni, mobili o immobili, dipendenti dalla eredità.

SOMMARIO.

271. — Per massima l'erede beneficiario non è tenuto vendere i mobili nè gli immobili ereditari.

272. — Nondimeno potendo la vendita addiventare spesso necessaria il legislatore ne ha determinato le condizioni o le formalità. — Critiche riflessioni.

273. — L'erede non potrebbe offrire a' creditori ed a' legatarii il valore estimativo de' beni, del pari che costoro non potrebbero asserirlo a pagare ad essi questo valore.

274. — A. Della vendita de' mobili.

275. — A quali mobili applicassero gli art. 505 C. Nap. e 520 C. pr.?

276. — Continuazione. — De' mobili corporali.

277. — Continuazione.

278. — Continuazione.

279. — Continuazione. — De' mobili incorporali. — De' eredità sopra privati. — Dello rendite su lo stato e delle azioni della Banca, ec.

280. Delle formalità cui va sottoposta la vendita de' mobili.

280. bis. — Quid, se il de cuius, avesse dato alcuno de' suoi mobili in pegno.

281. — L'autorizzazione del magistrato è forse necessaria per la vendita de' mobili?

282. — È forse mestieri applicare qui l'art. 561 C. pr.?

283. — B. Della vendita degli immobili.

284. — Continuazione.

285. — Quid, se un creditore ipotecario avesse patteggiato, nel contratto di mutuo, che lo importare del credito non potrebbe versargli rimborsato prima di una determinata epoca?

286. — L'erede beneficiario non può ricevere il prezzo della vendita degli immobili gravati di privilegi o ipoteche.

287. — Quid, se l'erede beneficiario non abbia osservato le formalità imposte dalla legge per la vendita de' mobili ed immobili?

271. — Per massima l'erede beneficiario non è tenuto vendere i mobili nè gli immobili ereditari: ben lungi dall'obbligarvelo alcun testo di legge, tutti gli articoli del Codice per contrario suppongono potersi conservare in natura, salvo l'essere responsabile non solo del deterioramento, ma eziandio della diminuzione di valore dei mobili, che sarebbe stato opportuno vendere e che avrebbe indubitamente conservato (ved. *supra*, n. 238).

272. — Ma siccome spesso lo stesso erede beneficiario riconosce in fatto la necessità di vendere, per soddisfare i creditori del defunto ed i legatarii, così il legislatore ha determinato le condizioni e le formalità della vendita: in vero tornava importante il garantire lo interesse dei creditori e dei legatarii, il quale avrebbe potuto esser posto a repentaglio, in tali congiunture, per vari abusi e frodi, come vendite a vil prezzo ovvero a prezzo fittizio, ec.

Ciò premesso, potrebbesi credere avere il legislatore determinato le condizioni della vendita di tutte le specie di beni; dappoiché il vero si è esservi, per tutte le specie di beni, pressochè gli stessi motivi. Ma non pertanto, come avvertimmo (*supra*, n. 251), e come or ora ravviseremo, non avviene così, anzi forse il legislatore ha serbato silenzio per la vendita dei beni, i quali spesso offrono la più considerevole importanza!

273. — Dunque l'erede beneficiario non potrebbe offrire ai creditori ed ai legatarii il valore estimativo dei mobili o immobili, ad obbietto di conservarli in natura: del pari che nltrode i creditori ed i legatarii, da parte loro, non potrebbero astringerlo o conservarli, sborsando il valore medesimo.

La regola si è i mobili e gl' immobili dover-si vendere, nelle forme stabilite dalla legge, salvo all'erede, se voglia conservarli, il rendersene aggiudicatario, come ravvisammo averne dritto al pari di ogni altro (confr. *supra*, n. 490; arresto C. cass. 19 feb. 1821, Lnylau. Sirey, 1821, I, 208; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 624; Demante, tomo III, numero 128 bis, Tambour, pag. 474 e 330).

274. — Le forme della vendita, sia dei mobili, sia degl' immobili, trovansi determinate dal Codice Napoleone, reso compiuto dal Codice di procedura.

A. Relativamente ai mobili, l'art. 805 4° comma — 723, dichiara:

« Non può vendere i mobili dell' eredità e che col mezzo di un pubblico ufficiale agli e incanti, e dopo le solito affissioni e pubblicazioni. »

E l' articolo 989 — 1065 C. pr. soggiunge che:

« Se occorrerà la vendita dei mobili e delle rendite appartenenti alla eredità, dovrà questa eseguirsi nelle forme stabilite per la vendita di questa sorte di beni, sotto pena, e contra l'erede beneficiario, di esser considerato puro e semplice erede. »

Duplice quistione debbesi qui risolvere:

1° A quali mobili applicansi tali articoli?

2° Quali formalità richieggono per la vendita?

275. — 1° Circa la quistione a quei mobili appliconsi gli articoli in disamina, semplicissima ci sembra la risposta.

In vero dal ravvicinamento degli art. 989 e 945 C. pr. — 1065 e 1024 conseguita che il legislatore ha avuto in mira, in tal circostanza, i soli mobili, di cui egli medesimo ha fermato il modo di vendita dietro pignoramento;

Ori mobili, di cui ha statuito il modo di vendita dietro pignoramento, sono i mobili corporali (art. 617-635 — 708-725), e, fra i mobili incorporali, le rendite sopra privati (art. 636-655 — 726-739);

Dunque gli art. 805 C. Nap. e 689 C. pr. applicansi ai mobili corporali, e, fra i mobili

incorporali, alle rendite sopra privati soltanto.

276. — A parer nostro siffatta illazione è concludente.

Dobbiamo nondimeno affermare non essersi concordemente accolta; e gli art. 805 C. Nap. e 989 C. pr. son soggiaciuti per contrario a diversa interpretazione, inesatta, a creder nostro, sotto duplice punto di veduta, essendo:

Troppo restrittiva rispetto ai mobili corporali;

E troppo estensiva rispetto ai mobili incorporali.

277. — Quindi primamente circa i mobili corporali si è insegnato che il vocabolo mobili, adoperato nell' art. 805, dovevasi intendere nel senso limitativo determinato dall' articolo 533 — 458, e che conseguentemente l'erede beneficiario può vendere, senza osservare alcuna formalità, tutti gli oggetti additati in quello articolo, cioè i libri, le medaglie, le biancherie, i cavalli, ec. (confr. Chabot, art. 805, n. 4).

Ma è manifesto cotesta dottrina trasgredire primamente il testo medesimo dell' art. 633, il quale è applicabile quando il vocabolo mobili trovisi adoperato solo; dappoichè questo vocabolo è adoperato per contrario, negli articoli 805 e 989, in contrapposto del vocabolo immobili, di cui trattano gli art. 806 C. Napoleone — 724, e 987 C. pr. — 1063: tanto più! nell' art. 789 di quel Codice rinviensi adoperato il vocabolo mobili, il quale, a norma dell' art. 535—460, comprende generalmente tutto ciò che reputasi mobile! (Confr. il nostro tomo IX, *Trattato della distinzione dei beni*, ec., n. 444 e 449); disconoscere del pari lo intendimento del legislatore, rivolto più specialmente a questa specie di mobili, che vogliansi qui escludere! (Confr. Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 805. Osserv. 4; Mazerat. *cod.*, nota 4; Poujol, art. 805, n. 4; Vazeille, art. 805, n. 3; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 498; Massé e Vergé, tomo II, p. 347; Fouquet, *loc. supra cit.*, numero 407).

278. — Ciò che ci sembra vero soltanto si è gli art. 805 e 989 non applicarsi a' frutti, e più generalmente alle derrate, che vendonsi all' amichevole ne' mercati, e la cui vendita costituisce un semplice atto di amministrazione, soprattutto quando trattisi di derrato il cui prezzo trovisi determinato dalle mercuriali: abbiamo ravvisato questa facoltà nel-

la persona capace di succedere, nel corso dei termini per distendere inventario e deliberare (ved. il tomo II, n. 276): a fortiori è uopo scorgersela nell'eredità beneficiaria (confr. Potthier, *Trattato del mandato*, n. 459. Tambour, p. 333; Bertin, *Camera del Consiglio*, t. II, n. 1207).

279. — Ma d'altro lato affermiamo essersi data, in senso inverso, agli art. 805 e 989 una troppo estensiva interpretazione relativamente a mobili incorporali.

Laonde si è insegnato applicarsi non solo alle rendite costituite sopra privati, ma eziandio ad altri mobili incorporali, e segnatamente a crediti (confr. Ducaurroy, Bonnier e Roussting, t. II, n. 628; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 805, *Osserr.* 1°; Puojol, 805 n. 4).

Per contrario abbiamo già asserito gli articoli in esame avere in mira, fra' mobili incorporali, le rendite sopra privati, come il dimostra effettivamente il vocabolo *rendita*, adoperato nell'art. 989, il quale non offrirebbe alcun senso, se l'articolo medesimo si applicasse a crediti ed a tutti i mobili incorporali indistintamente (*supra*, n. 276).

Non pertanto un parere del Consiglio di Stato del dì 11 gennaio 1808 dichiarò applicabile all'eredità beneficiaria la legge del 24 marzo 1806, a norma di cui, il tutore ed il minore emancipato non possono trasferire, senza autorizzazione, le rendite su lo Stato maggiori di cinquanta franchi: ed avvisiamo con Demante (t. III, n. 428 bis, II) esservi luogo a dichiarare altresì, per analogia, applicabile all'eredità beneficiaria il decreto del 24 settembre 1813, il quale esime i tutori dalla correlativa autorizzazione pel trasferimento delle azioni della Banca di Francia sol quando trattisi di unica azione o di un diritto in più azioni non eccedente in totalità un'azione intera (confr. il nostro tomo VII, *Trattato della Minore età*, ec., n. 391; Bertin, *Camera del Consiglio*, t. II, n. 1216—1217).

Consequentemente l'eredità beneficiaria debbe del pari, in questi medesimi casi, impetrare un'autorizzazione, intorno a cui è silenzioso il parere del Consiglio di Stato, e la quale sembra doversi accordare non dal presidente ma dal tribunale (arg. dagli art. 987—988 C. pr.—1063—1064; Bertin, *supra*).

Altronde non sono così addivenuti applicabili alle rendite su lo Stato ed alle azioni della Banca gli art. 805 C. Nap. e 989 C. pr. Tutto l'opposto! avvegnachè, mentre tali articoli

richieggon semplicemente dover la vendita seguire dietro affissi ed allo incanto, senza sottoporre l'eredità alla necessità di alcuna autorizzazione, il parere del Consiglio di Stato del 1808 ed il decreto del 1813 sottopongono soltanto l'eredità alla necessità dell'autorizzazione, senza richiedere affissi nè incanto, cui di fatti ad evidenza non eravi luogo pel trasferimento de' valori medesimi liquidati alla Borsa.

E di qui da ultimo discende la conseguenza che, per la vendita di tutti i mobili incorporali, diversi dalle eredità sopra privati, dalle rendite su lo Stato maggiori di cinquanta franchi e dal trasferimento di più di un'azione della Banca, l'eredità beneficiaria non va sottoposto a veruna condizione di autorizzazione, di affissi ed incanto.

Dunque potrà vendere come stimerà più conveniente, sia amichevolmente, sia allo incanto, o per ministero di un agente di cambio, secondo i casi, i crediti, le azioni industriali, ec. (confr. *supra*, n. 264; decisi. C. di Parigi 19 marzo 1852, Fouquet, *Dev.* 1852, II, 469; arresti C. cass. 7 dic. 1853, Delaire, *Dev.* 1854, I, 477; 26 feb. 1855, il *Diritto* del 27 feb. 1855; Demante, t. III, n. 428 bis II, e III; Zachariae, Ambry e Rau, t. V, pag. 499; Tambour, p. 333).

280. — 2° Relativamente alle formalità, a norma di cui deggionsi vendere i mobili incorporali e le rendite sopra privati, trovansi fermate dal Codice di procedura (art. 617-624; 625-642 — 707-715; 716-732); e noi non dobbiamo qui ragionarne.

280 bis. — È da riflettersi che se il *de cujus* avesse dato alcuni mobili in pegno, l'accettazione col beneficio dello inventario fatta dall'eredità non osterebbe allo esercizio del diritto competente al creditore, in conformità dell'art. 2078—1948, di far ordinare che il pegno rimanga presso di sé in pagamento e sino alla concorrenza del debito, a norma della stima fatta per mezo di periti, oppure che sia venduto all'incanto.

E, nel caso in cui il pegno si fosse attribuito dal magistrato al creditore, dietro valutazione ed eziandio col consenso dell'eredità beneficiaria, lodarno obbietterebbesi le formalità richieste per la vendita de' mobili non essersi osservate. per inferirne dover esser dichiarato decaduto dal suo beneficio: atteso, dichiara con sovrano fondamento la Corte suprema, che questa obbligazione (per l'eredità beneficiaria di osservare tali formalità) trova-

vansi necessariamente modificata dal diritto anteriore ed assoluto del creditore con pezzo capace di prevalersi delle disposizioni dell'art. 2078, riguardo a tutti i debitori, senza poter l'erede beneficiario, direttamente e mercè la qualità sua, opporre alcuna eccezione allo sperimento di questo diritto (Arresto 1 lug. 1856, Ney della Moskowa, Dev., 1856-1-785).

281. — Abbiamo già manifestato la opinione (supra, n° 279) nessuna autorizzazione giudiziale esser necessaria all'erede beneficiario per la vendita de'mobili.

Non pertanto tale opinione non è unanime; e parecchi avvisano dovere per contrario ottenere l'autorizzazione del presidente del tribunale, in conformità degli art. 796 C. Nap. — 713, e 986 C. pr. — 1062; ed in vero ciò che può far sorgere grave dubbio su tal punto si è la necessità di questa autorizzazione essersi proclamata da Siméon al Corpo legislativo, nella esposizione de'motivi della seconda parte del libro II del codice di procedura (Loché t. XXIII, p. 353; confr. decis. C. di Rouen 1 ag. 1845, Lefort, D. 4845; IV, 490; Duranton, t. VII, n° 26; Debelleyne, Giudizii in via di sommaria esposizione, t. I, p. 79; Nasse e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 347).

Nondimeno persistiamo a divisare cotesta autorizzazione non esser necessaria:

1° Perchè gli art. 805 C. Nap. e 989 C. pr. i quali han precisamente per iscopo di determinare le condizioni della vendita, non richiedono menomamente l'autorizzazione;

2° Perchè gli art. 796 C. Nap. e 986 C. pr., i quali la richieggono, comunque collocati nella sezione del beneficio dello inventario, riguardano l'erede il quale non abbia ancora assunto veruna qualità, e la cui posizione profondamente diversifica da quella dell'erede beneficiario; avvegnachè l'uno può fare gli atti meramente conservatorii, mentre l'altro è proprietario e rinviene colla stessa sua qualità il diritto di vendere;

3° Perchè se l'art. 946 C. pr. — 1022 richiede tale autorizzazione, la ragione si è riguardare lo special caso in cui, per eccezione alla regola della divisione in natura, trattisi di vendere i mobili della eredità (art. 826 — 745);

4° Da ultimo, perchè l'art. 77, § 42 dell'a tariffa del 10 febbrajo 1807, il quale attribuisce le spese della istanza di autorizzazione al capace di succedere, senza attribuzione di qualità, nulla di similgiante attribuisce all'e-

rede beneficiario (confr. decis. C. di Parigi 19 marzo 1852, Jonquet, Dev., 1852, II, 149; Toullier, t. II, n. 374; Demante, t. III, n. 128 bis, I; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 499; Fouquet, loc. supra cit., n. 109).

282. — Nè tampoco ci pare esservi luogo ad applicare qui l'art. 947 C. pr. — 1023, a norma di cui debbonsi elitare le parti che han diritto di assistere allo inventario e che abitano o hanno eletto domicilio in luogo lontano cinque miriametri; dappoichè l'art. 989 — 1065 invia semplicemente alla osservanza delle forme prescritte per la vendita, val dire delle solennità relative alla stessa vendita: or non è tale il carattere del provvedimento imposto dall'art. 947, il quale annodasi ad altro ordine di principii, ed il quale sottopone ad una special condizione la vendita de' mobili, considerata come incidente della divisione (confr. Tambour, p. 332.)

283. — B. Relativamente agl'immobili lo art. 806 — 724 dichiara che:

« Non può vendere gl'immobili che nelle « forme prescritte dalle leggi su la procedura: « è tenuto da assegnarne il prezzo ai creditori « ipotecarii che si sono fatti riconoscere. »

Ed il Codice di procedura dispone:

Articolo 987 — 1063: « Occorrendo la ven- « dita di qualche immobile appartenente alla « eredità, l'erede beneficiario dovrà presen- « tarlo al presidente del tribunale civile bna « domanda ove l'immobile sia descritto. Que- « sta dimanda sarà comunicata al pubblico mi- « nistero, e su le conclusioni di esso e la re- « lazione di un giudice nominato a tale og- « getto sarà profferita una sentenza la quale, « prima di ogni altra cosa, ordinerà che l'im- « mobile sia venduto estimato da un perito « nominato di ufficio.

« In questo ultimo caso, se la relazione del « perito trovasi nelle regole, sarà approvata « dallo stesso tribunale, alle istanze che glie- « ne sieno fatte; e su le conclusioni del pub- « blico ministero la sentenza ordinerà la ven- « dita. »

Articolo 988 — 1064: « Si procederà alla « vendita in ciascuno de' casi di sopra con- « templati, secondo le formalità prescritte nel « titolo Della vendita de' beni immobili per- « tinenti a minori.

« Sono dichiarati comuni al presente titolo « gli art. 704, 702, 705, 706, 707, 744, « 742, 743, 733, 734, 735, 736, 737, 738, « 739, 740, 741, 742, i due ultimi paragra- « fi dell'art. 964 e l'art. 965 del presente

c Codice — 789, 790, 791, 795, 796, 797, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 4040 e 4041.

c L'erede beneficiario sarà considerato erede puro e semplice, se avrà venduto qualche immobile, senza osservar le regole stabilite nel titolo presente.

Coteste regole riduconsi principalmente a due: è mestieri:

4° Che la vendita siasi autorizzata dal Tribunale;

2° Che abbia avuto luogo, osservando le formalità imposte in generale per la vendita de' beni pertinenti a minori.

Quindi mentre l'autorizzazione giudiziale non richiedesi per la vendita de' mobili, tranne le rendite su lo Stato le azioni della Banca (supra, n. 279, viene per contrario richiesta per la vendita degl' immobili. Indubitatamente puossi affermare, per spiegare tal differenza, avere il legislatore considerato essere gl' immobili in generale di valor maggiore de' mobili; ma è manifesto che siffatto motivo, già insufficiente, nel tempo della promulgazione de' nostri Codici, trovansi pressochè evaniti oggi, per effetto dello straordinario incremento, della mobiliare ricchezza; e torna impossibile il non isorgere su tal punto le imperfezioni del nostro dritto.

284. — Non è questo il luogo di ragionare intorno alle formalità a norma di cui debbe seguir la vendita.

E quindi dobbiamo inviare il lettore al Codice di procedura (art. 953 e seg. — 4029).

285. — La corte di cassazione ha statuito che, anche quando un creditore ipotecario abbia stipulato, nel contratto di mutuo lo importare del suo credito non poterglisi rimborsare innanzi di determinata epoca, tale stipulazione non impedisce all'erede beneficiario del debitore d'inserire, nel quaderno delle condizioni, la clausola il prezzo dell'immobile ipotecato doversi pagare in contante al notaio per mezzo di cui procedesi alla vendita (Arresto 2 feb. 1853, Du Bois de la Motte, Dev., 1853, I, 365).

E siffatto modo di decidere ci pare unisono ai principii.

E ben vore aver noi diviso che, per regola generale, l'accettazione col beneficio dello inventario non rende di per sé esigibili i debiti a termine; ma abbiamo soggiunto cotesta esigibilità aver luogo per altro, a norma del dritto comune, in caso di fallimento o decozione (supra, n. 168).

Or, quando l'erede beneficiario venda un immobile gravato di privilegi o ipoteche, per pagare i creditori, soprattutto quando, come nella specie del su riferito arresto, l'erede il venda per antivenire una forzata appropriazione il vero si è che lo stesso immobile, costituente lo special pegno de' creditori privilegiati o ipotecarii, forma, o so così esprimermi, un piccolo fallimento; ed è mestieri che la legge il consideri in tal modo, dichiarando essa doversi ammettere tutti i crediti esigibili o inesigibili (arg. dall'art. 2184 — 283).

Dunque la stipulazione di un termine a pro del creditore ipotecario non potrebbe, in detrimento della massa, impedire all'erede beneficiario di vendere lo immobile a pronto contante.

286. — A norma dell'art. 806 — 724, lo erede beneficiario è tenuto ad assegnare il prezzo dello immobile a' creditori ipotecarii che siasi fatti riconoscere.

Bentosto torneremo a ragionare intorno a cotesta disposizione (infra, numero 290 e seg.)

Se non che osserviamo qui emergere l'erede beneficiario, comunque abbia in generale, come ravvisammo (supra, n. 253) il dritto di riscuotere tutte le somme pertinenti alla eredità, non poter nulladimeno ricevere il prezzo degl' immobili gravati di privilegi ed ipoteche; ed appunto per tal motivo la esazione non viene a lui imposta, relativamente alla porzione del prezzo degl' immobili, da appartenere ai creditori ipotecarii (art. 807 — 726; supra, n. 243).

Laonde, a norma della ordinanza su la cassa de' depositi (art. 40) e il prezzo o porzione di prezzo di un'aggiudicazione d'immobili venduti con beneficio d'inventario (o dietro pignoramento, cessione di beni, fallimento), che il quaderno delle condizioni non permettesse al compratore di conservare presso di sé, debbesi depositare nella predetta cassa, se il tribunale ordini il deposito medesimo, dietro dimanda di uno o più creditori.

L'aggiudicatario, il quale pagasse il prezzo all'erede beneficiario, in detrimento de' creditori, i quali vantassero su l'immobile privilegi o ipoteche validamente conservati, non reputerebbesi dunque liberato rispetto ad essi (confr. Chabot, art. 806, num. 3; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 199-200).

287. — Noi già osservammo che le vendite, sia d'immobili, fatte dall'erede beneficiario, senza osservare le imposte formalità, so-

no sempre valide riguardo ai terzi (*supra*, n. 172 e 259).

Indarno obbietterebbesi, per sostenere poter esse veniro dichiarate nullo, la formola racchiusa negli art. 805 ed 806: non può vendere, ec...

A prescindere dal non esser quasi mai contestata formola produttiva di nullità (*red.* il nostro tomo III, *Trattato del matrimonio e della separazione personale*, n. 237), gli art 988 e 989 C. pr.—1064 e 1065 l'hanno spiegata con chiarezza statuendo che l'unico effetto della inosservanza delle formalità potrà esser quello di produrre avverso l'erede la decadenza dal beneficio dello inventario (*infra*, n. 370 e seg.)

C.—Del modo onde i creditori del defunto ed i legatarii possono venire soddisfatti.

SOMMARIO.

288. — Le regole fermate dal nostro Codice, rispetto al modo onde i creditori ed i legatarii debbono venire soddisfatti, non sono molto privilegianti.

289. — Divisione.

290. — A. Del modo di pagamento del prezzo degli immobili gravati di privilegi o ipoteche. — Come mai conciliare l'art. 806 C. Nap. con l'art. 991 C. pr.

291. — Continuazione.

292. — Che mai dovrebbe staloire, se la ripartizione del prezzo degli immobili non si fosse fatta regolarmente, val dire secondo l'ordine ed il grado di preferenza de' creditori privilegiati o ipotecari?

293. — B. Del modo di pagamento del danaro rinvenuto nella eredità, o provento, sia da rimborsazioni fatte dai debitori, sia dalla vendita de' mobili, sia dalla vendita degli immobili non ipotecati, per la porzione del prezzo non assorbita da' privilegi e dalla ipoteca. — Deggionsi esaminare due distinte ipotesi:

294. — I. Della ipotesi in cui sieno opposenti. — Le parti interessate, quando sieno di maggiore età e capaci, possono amichevolmente convocere il modo di ripartizione del danaro.

295. — Se le parti non possano o non vogliano porci di accordo, deggionsi osservare le giuridiche formalità della distribuzione per contributo. — Duplice riflessione.

296. — La opposizione debbe farsi da ciascuno de' creditori nel suo particolare interesse.

297. — I legatarii possono escludo formare opposizioni.

298. — L'opposizione può forse venire formata da un creditore o legatario, il cui diritto sia a termine o sotto condizione?

299. — In qual forma debbe mai seguire la opposizione?

300. — Per determinare lo effetto della opposizione, è mestieri por mente al tempo in cui venne formata.

301. — *Quid*, se l'erede beneficiato avesse fatto pagamenti ad una o più opposizioni?

302. — Continuazione. — I creditori opposenti avrebbero forse regresso contro i legatarii?

303. — Continuazione. — Avrebbero forse regresso contro gli altri creditori?

304. — Continuazione.

305. — Qual sarà mai la durata dell'azione di ripetizione dei creditori opposenti, sia avverso i legatarii, sia avverso i creditori soddisfatti in lor detrimento?

306. — In qual modo ed in qual ordine tali vari regressi possono esercitarsi?

307. — Gli stessi legatarii opposenti non avrebbero forse regresso contro gli altri legatarii inelabilmente soddisfatti in loro detrimento?

308. — Il creditore opponente, il quale cede dall'erede a partecipare alle ripartizioni, non fosse comparso, dovrebbe venir considerato creditore non opponente.

309. — II. Della ipotesi in cui non sieno creditori opposenti. — In tal caso l'erede beneficiato soddisfa i creditori ed i legatarii a misura che si presentano. — Osservazione.

310. — L'erede beneficiato, se sia creditore dell'eredità, può soddisfare se stessi.

311. — Può forse negarsi a soddisfare i creditori o i legatarii, che al presente, offrendo dimostrare esservi altri legatarii, uguali in diritto o preferibili?

312. — Continuazione.

313. — L'erede beneficiato debbe soddisfare in proporzione ed a misura degli introiti. — *Quid*, se pendà giudizio sui beni ereditari?

314. — Qual è mai il diritto de' creditori non opposenti comparso dopo essere stati soddisfatti i creditori o legatarii?

315. — Continuazione. — Divisione.

316. — A. I non opposenti han forse azione avverso l'erede beneficiato per pagamenti da lui fatti?

317. — B. Han forse regresso avverso i legatarii?

318. — Il regresso de' creditori non opposenti avverso i legatarii perdura un triennio. — Per qual motivo?

319. — Quale è mai la posta da cui debbe cominciare a computarsi questa speciale prescrizione?

320. — Continuazione.

321. — L'art. 809 concede un'azione diretta di ripetizione ai creditori non opposenti avverso i legatarii.

322. — Potrebbe forse accordare a' creditori non opposenti, avverso i legatarii, un regresso a diverso titolo e di più lunga durata?

323. — I creditori non opposenti comparso prima di pagarsi le somme residuali han forse regresso contro i legatarii in caso d'insufficienza delle somme medesime?

324. — C. I creditori non opposenti possono forse esercitare regresso avverso gli altri creditori?

325. — Continuazione.

326. — Continuazione. — L'art. 603 C. com. sarebbe forse applicabile in questo caso?

327. — Continuazione. — Del caso in cui l'erede beneficiato, creditore dell'eredità, abbia soddisfatto sé stesso.

328. — I legatarii non opposenti potrebbero forse esercitare regresso avverso altri legatarii anteriormente soddisfatti?

329. — In qual modo ed in qual proporzione dovranno esercitarsi i regressi de' vari casi in cui vengono ammessi?

288. — Le regole fermate dal Codice su

tal punto non sono molto preveggenti, come dimostreremo.

Segnatamente esse viepiù assoderanno il sistema della eredità accettata col beneficio dello inventario non costituire, pressochè, uno stato dichiarato di generale liquidazione, e non essere ben fondato affermare l'erede beneficiato trovarsi incaricato di liquidare la eredità nello interesse dei creditori e dei legatarii.

289. — Per conoscere come l'erede beneficiato debba pagare, è uopo primamente fare la seguente distinzione:

A. O trattasi del prezzo degl' immobili gravati di privilegi o ipoteche;

B. O trattasi di danaro rinvenuto nella eredità, o provento, sia dai pagamenti fatti dai debitori, sia dalla vendita dei mobili, sia dalla vendita degl' immobili non ipotecati, ovvero degl' immobili ipotecati circa la porzione del prezzo non assorbita dai privilegi o ipoteche.

Ci faremo a disaminare successivamente coteste due ipotesi:

290. — A. Relativamente agl' immobili gravati di privilegi o ipoteche, l'art. 806—724 dichiara che:

L'erede beneficiato « è tenuto ad assegnare il prezzo ai creditori ipotecarii che si sono fatti riconoscere. »

Ma d'altro lato l'art. 991 C. pr. — 1067 non stabilisce questa necessità di assegnamento, limitandosi a disporre che:

« Il prezzo della vendita degl' immobili sarà distribuito secondo l'ordine dei privilegi e delle ipoteche. »

In qual modo è uopo intendere tali disposizioni?

La prima è stata forse abrogata dalla seconda?

Overo per contrario son desse conciliabili e suscettive entrambe di esecuzione?

Due opinioni vengono messe in campo:

I. I propugnatori della prima insegnano l'articolo 991 C. pr. aver derogato all'articolo 806 C. Nap., e quindi tornare mal fondato il sostenere l'erede beneficiato esser tenuto a fare assegnamenti ai creditori privilegiati o ipotecarii:

L'art. 806 dichiara l'erede beneficiato esser tenuto assegnare il prezzo ai creditori ipotecarii che si son fatti riconoscere: dunque suppone non esser noti i val dire suppone un sistema di occulte ipoteche: l'articolo 806 venne attinto nel progetto della com-

missione del governo, il quale, comunque compilato nel tempo in cui il sistema di pubblicità ipotecaria stabilito dalla legge del dì 41 nebbioso anno VII trovavasi tuttora vigente, proponeva stabilire un diverso sistema, a norma di cui i creditori dovevano formare opposizioni nell'ufficio della conservazione dello ipotecho per poter venir graduati sul prezzo: l'art. 143 del titolo delle successioni nel progetto (Fenet, tomo II, p. 413) rinvenivasi allora pienamente concorde con gli articoli 12 e seg. del tit. VII dei privilegi e delle ipoteche dello stesso progetto; egli assegnamenti fatti dall'erede beneficiato ai creditori a lui noti offrivano allora il vantaggio di esonerarli dalla necessità di tali opposizioni (Fenet, t. II, p. 227);

Or cotesto sistema del progetto sui privilegi e le ipoteche venne dappoi abbandonato; ed un anno dopo promulgato l'art. 806 il Consiglio di Stato adottò il sistema della pubblicità ipotecaria (Fenet, tomo XV, pagina 325);

Dunque l'art. 806, concepito in conformità del sistema del progetto, non trovavasi più in armonia con l'opposto sistema dappoi prevalso; e per tal circostanza appunto l'articolo 991 C. pr. tralascia di parlare di assegnamenti, in vero in avvenire privi di obietto; limitandosi a dichiarare il prezzo degl' immobili doversi distribuire secondo l'ordine dei privilegi e delle ipoteche: di fatti, sotto questo rapporto, nulla rinviensi di speciale pel beneficio dello inventario; ed i creditori privilegiati ed ipotecarii debbono ricevere il prezzo degl' immobili in questo come in tutti gli altri casi, a norma delle regole del diritto comune (confr. Delvincourt, t. II, p. 32, nota 10; Marcadé, art. 806, n. 2; Demante, t. III, n. 429 bis; Mourlon, Ripet. scrit., tomo II, p. 418).

II. I sostenitori della seconda opinione pretendono per l'opposto che l'art. 806, sin dalla sua origine, mirò non al progetto della commissione del governo sui privilegi e le ipoteche, sì bene al sistema di pubblicità ipotecaria allora vigente, in conformità della legge del dì 41 nebbioso anno VII; che quindi non è stato modificato dall'art. 991 C. pr.; e che gli assegnamenti da esso imposti debbono di fatti aver luogo.

Cotesta opinione poggia precipuamente sulla storia della compilazione dell'articolo 991.

La primitiva compilazione di detto articolo

adottata dapprima dal Consiglio di Stato era la seguente:

« Il prezzo della vendita degli immobili verrà distribuito secondo l'ordine delle ipoteche, *nella forma prescritta nel titolo della graduazione* ». (Loché, t. XXIII, p. 269).

Torna indubitato che quello articolo, se fosse stato così adottato, avrebbe abolito gli assegnamenti imposti con l'art. 806, dappoi che sarebbe stato uopo attenersi, in tutti i casi, alle forme della procedura di graduazione;

Or precisamente la final disposizione dell'articolo, la quale richiedeva la osservanza della procedura di graduazione, venne tolta via, dietro dimanda del Tribunale, come contraria all'art. 806 del Codice civile, il quale comanda che l'erede beneficiato, nel vendere gli immobili, sia tenuto assegnarne il prezzo a' creditori, che si facciano riconoscere, dappoi che è manifesto che quando gli assegnamenti sieno regolari, e nessuno creditore oppongasi alla loro esecuzione, non erri luogo a procedura di graduazione (Loché, t. XXIII, p. 323); e l'oratore del Tribunale, Gil et, spiegò del pari che l'art. 991 non aveva per iscopo di abrogare l'art. 806 del codice civile, il quale impone all'erede beneficiato assegnare il prezzo delle vendite degli immobili a' creditori che siensi fatti riconoscere, ma semplicemente impedire gli assegnamenti che possono farsi, sovvertire l'ordine de' privilegi e delle ipoteche (Loché, *supra*, pag. 365);

Dunque lo stesso legislatore ha positivamente dichiarato che l'art. 806 del Codice civile non era stato abrogato dall'art. 991 C. pr.

Quindi il sistema del beneficio dell'inventario non rende indispensabile la procedura di graduazione; e precisamente per antivenire il dubbio che avrebbe potuto sorgere all'obbietto, il legislatore ha stimato dovere positivamente spiegarsi.

E non solo non interdice all'erede beneficiato la facoltà di concludere co' creditori amichevoli convenzioni, senza adire il magistrato; ma anzi glie lo comanda, quando per altro, secondo le circostanze del fatto, sieno possibili le convenzioni medesime.

Or tanto accade: 1° quando il prezzo dell'immobile sia maggiore o eguale a lo importare de' crediti ipotecari; 2° eziandio in caso d'insufficienza del prezzo, quando i creditori possano e vogliano porsi di accordo circa la

distribuzione del danaro ed i creditori non graduati consentano a cancellare le loro iscrizioni.

Ed allora gli assegnamenti, di cui parla l'art. 806, consistono nella esecuzione dell'amichevole convenzione conchiusa fra' creditori, fatti si riconoscere, sia mercè opposizioni notificate all'erede beneficiato, sia mercè iscrizioni; dappoi che non seguiamo la opinione di Duranton, il quale avvisa essere insufficienti le iscrizioni ed i creditori dover notificare le loro iscrizioni all'erede beneficiato (t. VII, n.° 34).

Ciò non vuol dinotare che dall'art. 806 risultino non esservi mai luogo a ricorrere alla procedura di graduazione: è manifesto che la procedura medesima sarà per contrario uu questo, come in tutti gli altri casi, l'unico mezzo legale di ripartizione del danaro: 1° se i creditori non possano e non vogliano porsi di accordo per un'amichevole convenzione; 2° se i creditori non graduati si neghino alla cancellazione delle loro iscrizioni; 3° ovvero se creditori chirografari formassero opposizione al pagamento de' creditori ipotecari.

Ma almeno ne' casi in cui possa aver luogo un'amichevole convenzione, il legislatore ha voluto che l'erede beneficiato fosse in obbligo valersene; e precisamente questo è lo scopo dell'articolo 806, il quale gli somministra il mezzo di antivenire la necessità del deposito del prezzo da parte dell'aggiudicatario del pari che la perdita considerevole d'interessi che può emergere, ed inoltre preservare la eredità spesso da molte spese e complicazioni (confr. Ducaurmy, Bonnier e Rostaing, t. III, n. 627-629; Toullier, t. II, n.° 379; Poujol, art. 806, n. 2; Malpel, n. 234; Tambour, p. 339; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 240).

Rispetto a noi, avvisiamo ciascuna delle su esposte opinioni presentare una parte di vero, ma medioerissima essere la importanza di siffatta discussione; dappoi che in sostanza sono pressochè concordi ne' risultamenti.

Ed innanzi tutto ci pare indubitato la prima opinione atteueri al vero, quando i suoi propugnatori affermano l'art. 806 riferirsi primamente, nella mente de' suoi autori, ad un sistema di occulte ipoteche: di fatti questo articolo, attinto nel progetto dell'anno VIII, era ad evidenza una delle conseguenze del sistema ipotecario proposto col progetto medesimo.

Ma similmente facciam plauso alla seconda opinione, sostenendoci da suoi propugnatori

che i compilatori dell'art. 991 C. pr. han riguardato l'art. 806 sotto altro punto di veduta, e che han voluto conservarlo ad onta del mutamento seguito nel progetto sul sistema ipotecario.

Altronde a qual pro siffatte controversie se, in ultima analisi, tutti sono di accordo intorno alle pratiche applicazioni l'or ci pare che le due opinioni, in ciò, pochissimo diversifichino tra loro; avvegnachè i propugnatori della prima non negano aver l'erede diritto di concludere, di accordo co'ereditori ipotecarii, un'amichevole convenzione, senza intervento del magistrato: non pertanto i propugnatori della seconda opinione si spingono più innanzi, soggiugnendo esser questo anzi un dovere per lui, al quale va sottoposto in conformità dell'art. 806; e tale divisamento è consentaneo al nostro scottore.

291. — Altra interpretazione dell'art. 806 si è suggerita da Carré o Chauveau (*Leggi della proc.*, quist. 2322).

A credere di questi autori gli assegnamenti che l'erede beneficiato è tenuto fare mirerebbero all'unico scopo di ovviare al deposito del prezzo, il quale rimarrebbe quindi presso l'aggiudicatario; e conseguentemente tali assegnamenti si dovrebbero inserire nel quaderno delle condizioni; ma tornerebbero affatto estranei alla quistione del giudizio di ordine, sottoposto in questo come in tutti gli altri casi al diritto comune.

I chiarimenti per noi esposti (*supra*, n° 290) ci sembrano aver dimostrato per contrario che, nello intendimento del legislatore, gli assegnamenti di cui trattasi nell'art. 806 han per iscopo di ovviare, quando sia possibile, alle spese ed alle lentezze della procedura di graduazione; o di fatti osservammo (*supra*, n° 286) che, in conformità dell'art. 40 della ordinanza su la cassa de' depositi, il prezzo dell'aggiudicazione d'immobili venduti col beneficio dello inventario debbesi depositare nella cassa medesima; il che nulladimeno debbe per altro aver luogo sol quando i creditori non pongansi di accordo per ovviare al deposito medesimo.

292. — Che mai avverrebbe, se la distribuzione del prezzo degli immobili non si fosse fatta regolarmente, val dire secondo il rango e l'ordine di preferenza de' creditori privilegiati o ipotecarii?

Primieramente è manifesto che i creditori, i cui diritti fossero stati disconosciuti, li conserverebbero su lo immobile rimpet-

to ad ogni possessore (art. 2166 + 2060).

Ma inoltre avvisiamo poter l'erede beneficiato venir dichiarato responsabile verso di essi, per non essersi uniformato alle disposizioni della legge su la distribuzione del prezzo dello immobile venduto. L'art. 113 del progetto dell'anno VIII. divenuto, come è noto, l'art. 806 in esame, dichiarava di fatti sotto la sua personale responsabilità esser l'erede tenuto ad assegnare il prezzo a'creditori ipotecarii (Fenet, t. II, p. 443); e se tali espressioni furono tolte via, la ragione fu indubitabilmente essere sembrate inutili, essendo sufficiente all'obbietto la regola generale su la responsabilità (cofr. Tambour, p. 341).

293. — B. Dobbiamo ora scendere allo esame del caso in cui trattisi di contante rinvenuto nella eredità, o procegnente, sia da pagamenti fatti da' debitori, sia dalla vendita de' mobili, sia dalla vendita degli immobili non ipotecati, ovvero dagli immobili ipotecati, circa la porzione del prezzo non assorbita dai privilegi ed ipoteche.

Il modo onco i creditori ed i legatarii debbono soddisfarsi con questi valori trovati formato dal nostro Codice ne' seguenti termini:

Art. 808 + 727. « Se vi sono opposizioni a per parte de' creditori, l'erede beneficiato non può pagare che secondo l'ordine ed il modo determinato dal giudice.

« Se non vi sono creditori opposenti, egli paga i creditori ed i legatarii secondo che si presentano. »

Art. 809 + 728. « I creditori non opposenti, e i quali non si presentano che dopo la liquidazione de' conti, ed il pagamento della residua somma, non hanno azione che contro i legatarii.

« Nell'uno e nell'altro caso, quest'azione si prescrive col lasso di tre anni, da computarsi dal giorno della liquidazione del conto, e del pagamento della residua somma. »

Laonde deggionsi su tal punto disaminare due distinto ipotesi:

I. Primieramente quella in cui sient i creditori opposenti;

II. Indi quella in cui non sient i creditori opposenti.

294. — I. Se vi sieno creditori opposenti, dichiara l'art. 808, l'erede beneficiato può pagare secondo l'ordine ed il modo determinati dal giudice.

E l'art. 990 C. pr. + 4066 dispone similmente:

« Il prezzo della vendita de' mobili sarà diviso per contributo fra' creditori oppo-
nenti, e secondo le formalità indicate nel titolo delle
« distribuzioni per contributo. »

Nulladimeno facciamo primamente riflette-
re i testi medesimi non ostar per altro all'eredità beneficiaria ed a' creditori e legatarii, e spacci all'obbietto, di convenire tra essi amichevolmente la ripartizione del danno ereditario: avvegnachè, se la legge, a fine di ovviare a lentezze e dispendio, desidera tal convenzione relativamente al prezzo degl'immo-
bili, debbe ad evidenza desiderarla del pari circa il prezzo de' mobili (confr. *supra*, n. 290-294; arg. dall'art. 656 C. pr. + 740; Chabot, art. 808, n. 3; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 201; Massé e Vergé, t. II, p. 352; Ducaurroy, Bonnier e Rostaing, t. II, n.° 631.)

295. — Dunque ne' soli casi in cui gli oppo-
nenti non possano o non vogliano porsi di
accordo per un'amichevole distribuzione, evvi
luogo ad osservare le formalità giudiziali della
distribuzione per contributo.

Tali formalità trovansi stabilite dal Codice
di procedura (art. 656 e seg.)

Ci basti fermare qui le due seguenti pro-
posizioni:

Da un lato i creditori del defunto debbono
venire soddisfatti prima de' legatarii, chiunque
sieno; avvegnachè il pegno de' creditori tro-
vandosi in avvenire limitato a' soli beni della
eredità, tornava impossibile ammettere i le-
gatarii del loro debitore a concorrere con essi
sul prezzo de' beni medesimi; ed appunto a
questo stato di cose molto giustamente ed
equamente applicasi la massima *nemo libera-
lis, nisi liberatus* (arg. a fortiori dall'art. 809, 4.° comma; confr. *decis. C. di Rouen*
46 lug. 1844, Hauchecorne, Dev., 4845, II,
360; Pothier, *Introd. al tit. XVII della cons. di Orleans*, n. 51; Demante, t. III, n. 429; Duvergier sopra Toullier, tom. II, n.° 380, nota a.)

E d'altro lato fra' creditori deggionsi prefe-
rire i privilegiati, osservando altronde l'or-
dine ed il rango de' diversi privilegi (art. 2091, 2096, 2097 + 1964, 1966 e 1967).

296. — Altronde le opposizioni debbono
farsi da ciascuno de' creditori individualmente
nel particolare suo interesse, senza che la op-
posizione formata da uno possa giovare all'altro
non opponente.

Indarno obbietterebbesi l'assoluta formola
racchiusa nell'art. 808, se vi sono opposizioni

per parte de' creditori, supporre che l'unico
fatto di esservi creditori oppo-
nenti renda necessaria, da parte dell'eredità, una distribu-
zione per contributo, eziandio riguardo a' cre-
ditori non oppo-
nenti.

A prescindere che i creditori non oppo-
nenti potrebbero essere e sarebbero spessissi-
mo ignoti, ricalcitrerebbe a tutti i principii
il permettere a' non oppo-
nenti lo invocare lo
effetto di una opposizione loro estranea, e
prevalersi del diritto di un terzo. L'au-
torità dell'art. 808 vuol semplicemente dinotare che,
qualora sieno creditori oppo-
nenti, la distribu-
zione per contributo debba seguire frai
creditori medesimi.

Circa i creditori non oppo-
nenti, la loro
condizione debbe essere la stessa che se le
opposizioni formate dagli altri non avessero
avuto luogo (*infra*, n. 309; confr. Tambour,
p. 341; Zachariae, Aubry e Rau, tom. V, p.
202).

297. — L'art. 808 dichiara se vi sieno cre-
ditori oppo-
nenti.

È uopo forse inferirne eziandio i legatarii
non poter formare opposizioni?

Ad evidenza no; ed al certo non è questo
lo intendimento del legislatore; avvegnachè
gli stessi legatarii han diritti; e non si po-
trebbe negar loro il mezzo di assicurarne la
conservazione e lo esercizio.

A dir vero le opposizioni formate da lega-
tarii non potrebbero ostar al pagamento dei
creditori (*supra*, n. 295).

Ma almeno avranno per effetto di rendere
la distribuzione per contributo necessaria fra
gli stessi legatarii (confr. Demante, t. III, n.
432; Ducaurroy, Bonnier e Rostaing, t. III,
n. 631; Tambour, p. 345).

298. — Il creditore ed eziandio il legatario,
il cui diritto sia a termine ovvero sem-
plicemente sotto condizione, possono del pari
formare opposizione (arg. dall'art. 4150 +
4133; confr. Zachariae, Massé e Vergé, t. II,
p. 352; Fouquet, *Enciclop. del Dir.*, v. *Benef. d'invent.*, n. 438-439.)

299. — In qual forma debbe farsi l'op-
posizione?

È forse necessaria una notificazione spe-
ciale ed *ad hoc*, onde il creditore o il legatario
inibisse all'eredità beneficiaria di pagare
senza suo assentimento?

I testi in esame non la richieggono così; e
lo intendimento del legislatore, consono alla
ragione ed alla equità, sembra essere bastare
che il creditore o il legatario, per venir con-

siderato opponente, si sia fatto conoscere dall'erede con un atto giuridico qualsivoglia, come, per esempio, la denunzia del sequestro presso terzo, la notificazione di titoli, lo intervento nell'apposizione de' suggelli, nello inventario o nella vendita de' mobili: e nè anche sarebbe uopo che la opposizione si fosse notificata all'erede, qualora si fosse formata nelle mani del pubblico ufficiale che ha proceduto alla vendita (art. 660 C. pr. + 743.).

Era pur questa l'antica dottrina insegnata da Pothier (*delle Success.*, cap. III, sez. III, art. 2, § 6; confr. Vazeille, art. 808, n.° 4; Tambour, p. 344; Fouquet, loc. *supra* cit., n. 134.).

Ma la iscrizione per privilegio o ipoteca non equivarrebbe in tal caso ad un atto di opposizione (confr. decis. C. di Parigi 25 giugno 1807, Sirey, 1807, II, 996, Fouquet, loc. *supra*).

300. — Dall'arresto della Corte di cassazione del 17 novembre 1845 puossi inferire che, per determinare lo effetto della opposizione, è uopo risalire all'epoca in cui venne formata, anche quando la qualità dell'opponente si fosse giustificata in epoca posteriore (Volant, Dev., 1846, I, 780).

E cotesta dottrina ci sembra effettivamente unisona a' principii.

301. — Che mai converrebbe statuire, se l'erede beneficiario avesse fatto pagamenti ad onta di una o più opposizioni?

Qual sarebbe mai il diritto degli opposenti in detrimento de' quali i pagamenti medesimi avessero avuto luogo?

Ed innanzi tratto torna manifesto essere l'erede personalmente responsabile verso di essi. Non adempiendo al positivo dovere impostogli con l'articolo 808 di pagare nell'ordine e nel modo determinati dal giudice, ha al certo commesso grave colpa; e quindi ne dee la riparazione su' suoi beni particolari (art. 804 + 724; *supra*, n.° 236).

Ma questa riparazione non consiste, come non pertanto si è insegnato (Chabot, art. 803, n. 2), nella decadenza dal beneficio dello inventario, dappoichè nessun testo di legge l'ha stabilita per tal caso; ed in vero essa non potrebbesi qui desumere dal carattere medesimo di questo fatto, il quale indubitamente costituisce un irregolare atto di amministrazione, ma non mai un atto di disposizione. Laonde dimostreremo gli opposenti avere regresso contro coloro i quali fos-

sero stati soddisfatti in lor detrimento (*infra*, n.° 302); il quale regresso ad evidenza suppone l'erede beneficiario non aver fatto un valido atto, e conseguentemente non divenire erede puro e semplice: dappoichè se divenisse erede puro e semplice, dovrebbe diebitar validamente il pagamento! (Confr. arresto C. cass. 27 die. 1820, Daubusson, Sirey, 1821, I, 385; Demante, t. III, n.° 433 bis, II: Belost-Jolimont sopra Chabot, articolo 808, Osserv. 4).

Neppure vi sarebbe luogo a condannare, in tutti i casi indistintamente, l'erede a pagare all'opponente, creditore o legatario, lo intero importare del suo credito o del suo legato.

In vero che mai gli deve? la riparazione del nocumento arrecatogli, e niente di meno; ma ad evidenza niente di più!

Or tal nocumento consiste soltanto nella privazione, provenutane all'opponente, della quota che gli avrebbe procacciato una distribuzione regolarmente seguita;

Dunque unicamente nel pagamento di una somma eguale a tal quota consiste la riparazione dovuta dall'erede beneficiario (confr. Lehmann, lib. III, cap. IV, n.° 49; Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, art. II, § 6; Ducarroy, Bonnier e Rostaing, t. III, n. 631; Demante, loc. *supra*; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 204).

302. — Ma gli opposenti avrebbero forse inoltre regresso avverso coloro i quali fossero stati soddisfatti in lor detrimento, sia avverso i legatari, sia avverso i ereditari?

Di fatti l'erede può essere insolvente; e quindi la questione può tornare sommamente importante (*vedi* nondimeno *infra*, num. 304).

Primieramente è indubitato che il regresso medesimo non potrebbesi negare a' creditori avverso i legatari: di fatti, a norma dell'art. 809, i creditori eziandio non opposenti, i quali si presentino dopo la liquidazione del conto ed il pagamento della somma residuale, possono esercitare regresso avverso i legatari; dunque a' fortiiori il regresso medesimo debbe competere a quelli i quali abbiano formato opposizione!

303. — Altronde è uopo, a parer nostro, andare più oltre; ed avvisiamo il regresso doversi loro accordare eziandio contro i ereditari.

Obbietterassi i creditori aver ricevuto ciò che loro dovevasi, ed esser massima chi pos-

sa dire *meum recipi non potere* andar sottoposto all'azione di ripetizione d'indebito?

Agevole è la risposta:

1° Il testo medesimo dell'art. 809 concede tal regresso. Di fatti dichiarare che i creditori non *opponenti* non hanno azione che *contro i legatari* è lo stesso che virtualmente dichiarare i creditori *opponenti* aver regresso eziandio *contro i creditori*; e l'argomento a contrario procede qui tanto meglio in quanto che la espressione non *opponenti*, non adoperata dapprima nel progetto della commissione del governo (art. 447), venne appositamente adoperata nell'art. 809 in tempo della seconda compilazione del Consiglio di Stato (art. 96; Fenet, t. II, p. 144, e t. XII, p. 53); è uopo aggiungere che l'art. 809, così inteso, costituisce la conseguenza altamente logica, anzi la necessaria sanzione dell'art. 808, il quale richiede che, qualora sieno creditori *opponenti*, l'erede beneficiario paghi secondo l'ordine stabilito dal giudice.

2° Altronde questi testi sono unisunti a' vari principii. Non è ben fondato il sostenere che i creditori, soddisfatti in detrimento degli altri creditori *opponenti*, han ricevuto ciò che loro dovevasi; dappoichè effetto della morte del debitore, quando la crediti sia giacente o accettata col beneficio dello inventario, si è i diritti di tutti i creditori trovarsi, per così dire, sospesi; per modo che ciascuno di essi ha in avvenire legalmente diritto ad una rata proporzionale, che questo attivo limitato in avvenire potrà procacciare a ciascuno di essi (arg. dall'art. 2446 + 2040; infra, n. 349); dunque chi abbia ricevuto un pagamento integrale in detrimento di altri creditori *opponenti*, debbesi legalmente considerare, riguardo agli *opponenti* medesimi, avere ricevuto più del dovutogli su questo comune attivo.

3° È ben vero che, in materia di fallimento, in cui segue il medesimo effetto, a computare almeno dal giorno della dichiarazione (confr. art. 2446 C. Nap. e 448 C. com. + 440), i creditori non comparsi nulla possono dimandare su le ripartizioni fatte dal giudice commissario fuori la loro presenza (art. 503 C. com. + 495); ma la ragione si è essersi fatti tardivamente riconoscere creditori, e soggiacere allora alla pena della propria negligenza; or per contrario noi supponiamo creditori *opponenti*, cui non puossi accagionare alcuna negligenza: dunque l'argomento desunto dal predetto art. 503 non potrebbe

annientare la nostra opinione (confr. Duvergier sopra Toullier, t. II, n° 380, nota a; Demante, t. III, n° 133 bis, II; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 808, Osserv. 4; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, pag. 202; Tambour, p. 347.)

304. — Ma per qual mezzo e con qual titolo gli *opponenti* esercitano il regresso loro concesso avverso i legatari o i creditori indebitamente soddisfatti in lor detrimento?

Rilevante è il risolvere tal questione; avvegnachè può avere molta influenza, sia su la efficacia del regresso, sia su la sua durata.

1° Potranno forse agire rappresentando l'erede beneficiario? sì certamente: essendo lo stesso erede, come osservammo, responsabile verso gli *opponenti* (supra, n. 304), ha quindi interesse e qualità per esercitare un'azione di ripetizione avverso i creditori ed i legatari, cui abbia fatti questi indebiti pagamenti. È ben vero che Pothier incontrava qualche difficoltà; anzi suggeriva all'erede di riserbarsi espressamente il regresso; ma nulladimeno divideva il regresso medesimo competergli a prescindere da ogni riserva (*delle Successi.*, cap. III, sez. III, art. 2, § 5); e tal dottrina ci sembra ancora ben fondata.

Ciò premesso, la conseguenza si è che gli *opponenti* divenuti suoi particolari creditori, per effetto della responsabilità cui va sottoposto verso di essi, possono esercitare in nome suo e da sua parte tale azione di ripetizione, in conformità dell'art. 4466 + 1449 (confr. Demante, t. III, n° 133 bis, II.)

Ma allora però soggiaceranno, sul prodotto del regresso così esercitato, alla concorrenza di tutti gli altri creditori particolari dell'erede.

2° Non potrebbero forse agire in nome o rappresentando la stessa eredità accettata col beneficio dello inventario? era segnata questo il punto di veduta di Pothier; e, riflettendo il regresso avverso i legatari competere alla eredità, insegnava i creditori medesimi non soddisfatti potter, come *esercenti*, egli diceva, *le azioni della eredità*, sperimentare cotesto regresso (*delle Successi.*, cap. III, sez. III, art. II, § 6.)

Siffatto punto di veduta sembra pure ben fondato; ma è da soggiungere che gli *opponenti*, se allora trovansi liberi dal concorso de' particolari creditori dell'erede, dovranno soggiacere, sul prodotto del regresso così esercitato, alla concorrenza degli altri creditori della eredità, i quali non avessero formato opposizioni anteriori a' pagamenti;

dappoichè se gli ultimi tornano alla massa, divengono pegno a tutti comune!

3° Dunque il regresso effettivamente efficace sarebbe quello competente agli opposenti direttamente e di proprio diritto.

Possiam noi loro ricordarlo?

Demante attribuisce loro l'azione pauliana, fermata con l'art. 1167 — 1120 del nostro Codice, quando però si trovassero nelle condizioni richieste all'obbietto; e conseguentemente permette loro agire direttamente avverso gli altri ereditari sol quando costoro sieno stati complici della frode, val dire quando abbiano conosciuto la opposizione, *quia certant de damno ritando*. Relativamente ai legatarii, *quia certant de luero captando*, ammette avverso di essi l'azione pauliana, senza essere uopo dimostrare aver conosciuto l'opposizione; anzi il dotto autore attribuisce in tutti i casi agli opposenti un diretto e personale regresso avverso i legatarii, in forza dell'art. 809 (t. III, n. 433 bis, II).

Non solo annettiamo queste varie illazioni; ma siamo inclinati a dividere i ereditori opposenti avere, eziandio in tutti i casi, un diretto e personale regresso avverso gli altri ereditori a prescindere dall'art. 1167. Obbietti si sommo vigore, ne conveniamo, che l'azione diretta di ripetizione dell'indebito, poggiata su l'art. 1376 — 1330, non potrebbe competere agli opposenti medesimi, non essendosi il pagamento fatto da essi, nè in nome loro; ma avvisiamo dagli art. 808 ed 809 emergere i regressi stabilitivi trovarsi direttamente e personalmente conceduti agli stessi opposenti; e doversi tali disposizioni riguardare eccezionali, tale sembrando essere stato lo intendimento del novello legislatore.

305. — Rimane ora a risolvere la questione riguardante la durata di tale azione di ripetizione degli opposenti, sia avverso i legatarii, sia avverso i ereditori soddisfatti in loro detrimento.

Si è insegnato che, in conformità dell'articolo 809, tale azione non perdurasse in verun caso più di un triennio, a computare dalla liquidazione del conto e dal pagamento della somma residuale. Precisamente in tal senso i nostri dotti colleghi Aubry e Rau spiegano la espressione *nell'uno e nell'altro caso* adoperata nell'art. 809; e pretendono che, mirando effettivamente i due art. 808-809 al caso in cui si evi opposenti ed al caso in cui non ve ne sia alcuno, la espressione *nell'uno e nell'altro caso* dinota semplicemente il

regresso prescrivere col decorso del triennio, tanto se vi siano opposenti quanto se non ve ne siano (sopra Zachariae, tom. V, pagine 203-204).

Ingegnosa torna cosiffatta spiegazione; ed è innegabile doversi riguardare degna di plauso per somma pratica utilità, raccorciando la durata de' regressi medesimi ed assicurando la stabilità degli anteriori pagamenti. Ma è forza convenire che, dando tal significazione alla espressione *nell'uno e nell'altro caso*, essa attribuisce al legislatore nell'art. 809 una compilazione eccessivamente ellittica ed avvolta di tenebre davvero impenetrabili! L'onore bentosto affermeremo non esser questo, a parer nostro, il verace significato dell'articolo 809 (*infra*, n. 325).

Non dovrebbe forse cotesto regresso degli opposenti avere piuttosto la durata di un triennio?

Indubitata ci sembra l'affermativa:

1° Se agiscano rappresentando l'erede beneficiato o la stessa eredità, in forza dell'articolo 1466;

2° Se agiscano di proprio dritto, in forza dell'art. 1467.

3° Il caso somamente dubbio è quello in cui gli opposenti agiscano di proprio dritto, in forza degli art. 808 ed 809; e nondimeno, eziandio in questo caso, l'art. 809, il quale circoscrive ad un triennio la durata del regresso, applicandosi ad evidenza, a ereditor nostro, alla sola ipotesi in cui non si evi ereditori opposenti. l'azione di regresso de' ereditori opposenti non dovrebbe forse avere, in conformità del dritto comune, la durata ordinaria di ogni azione personale? (Art. 2262 — 2469; *confr.* Serres, *Inst. di Dr. franc.*, lib. II, tit. XIX, § 5).

306. — Altronde questi varii regressi competono a' ereditori opposenti, in concorso e simultaneamente, sia contro l'erede, sia contro i ereditori indebitamente soddisfatti in loro detrimento: dappoichè non potrebbesi desumere da verun testo competer loro gli uni in mancanza degli altri e sussidiariamente.

Dunque gli opposenti potrebbero agire avverso l'erede, senza esser tenuti a dimostrare la insolubilità de' ereditori, ed avverso i ereditori, senza essere in obbligo di provare la insolubilità dell'erede.

Parrebbe conveniente e giusto indubitatamente, in questo ultimo caso, che il ereditore opponente agisse per ripetizione avverso gli altri ereditori, sol dietro escussione de' be-

ni particolari dell'erede, ed eziandio dei legatarii indebitamente soddisfatti; ma essendo la legge silenziosa, il volerlo sommettere a tal condizione non andrebbe scervo da difficoltà (confr. Tambour, p. 318).

307. — Abbiamo finora ragionato intorno al regresso competente a' creditori oppponenti avverso i legatarii e gli altri creditori.

Ma gli stessi legatarii oppponenti non avrebbero forse regresso avverso gli altri legatarii indebitamente soddisfatti in loro detrimento?

Abbiamo ravvisato aver essi dritto di fornire opposizioni (supra, n. 297); or che mi importerebbe cotesto dritto, qualora si trovasse spoglio, rispetto ad essi, di ogni sanzione e garanzia?

Primieramente ci pare indubitato poter egli agire rappresentando l'erede, il quale, col pagare indebitamente gli altri legatarii, è personalmente addivenuto responsabile verso di essi (supra, n. 304).

E del pari manifestò avere egli dritto di agire eziandio in forza dell'art. 1467.

Anzi vi sarebbe luogo altri sì, a voler nostro, a conceder loro un diretto regresso; dappoiché, se l'art. 809 sembra loro implicitamente negare il regresso medesimo, è non riflettere tale articolo riguardare unicamente il caso in cui non siasi formata alcuna opposizione (confr. Tambour, p. 353).

308. — Se il creditore oppponente, citato dall'erede ad esser presente alla liquidazione del conto a partecipare alle ripartizioni, non fosse comparso, allora la colpa sarebbe sua; conseguentemente non avrebbe regresso avverso l'erede, nè avverso i creditori, o dovrebbe, se comparisse dappoi, venir considerato come creditore non oppponente (arg. dall'art. 503 C. com.; confr. Marcadé, articolo 809, n. 2).

309. — Il. Quindi dobbiamo scendere all'a disamina della ipotesi in cui non sienvi creditori oppponenti.

In tal caso, a norma dell'art. 808, l'erede beneficiato paga i creditori ed i legatarii secondo che si presentano.

Ma non nessuna distinzione fra' creditori non privilegiati ed i creditori privilegiati, nè tampoco fra' creditori ed i legatarii?

Il primo a presentarsi debbe venire soddisfatto, anzi integralmente soddisfatto, anche quando fosse un creditore non privilegiato! anche quando fosse un legatario! purchè nulladimeno, per massima generale, il credito o

il legato sieno scaduti ed esigibili (confr. supra, n. 269 e 298; Tambour, p. 322; ved. non pertanto Vazeille, art. 802, n. 3).

Tal era la Costituzione giustiniana: «... Et eis satisfaciunt qui primi veniunt creditores...» (L. 22, § 2, Cod. de jure deliber.).

E la medesima regola veniva osservata un tempo in Francia nella maggior parte delle province, segnatamente nelle province di dritto scritto (confr. Serres, Inst. di Diritto franc., L. 11, tit. XIX, § 5; Denizart, v. Benef. d'invent., n. 21; Pothier, delle Success., cap. III; sez. III, art. 2, § 6; Lebrun, lib. III, cap. IV, n. 49.).

Ma agevole è lo scorgere quanto cotesto sistema sia difettoso ed a quanti abusi e frodi possa dar luogo (infra, n. 356).

310. — Checchè ne sia, questo sistema è parimente quello del nostro Codice.

Ne risulta che l'erede beneficiato, se sia creditore dell'eredità, può soddisfare se stesso; ed al certo è questo per lui sommo vantaggio; dappoiché è indubitato che, se il voglia, nessuno si presenterà prima di lui!

Ma nulladimeno è indispensabile riconoscere in esso tal dritto; diversamente sarebbe astretto a pagare tutti gli altri, senza soddisfare se stesso, ed aspettare nulla più rievolvervi! talchè andavasi incontro all'alternativa o di trattarlo forse troppo bene o di trattarlo troppo male! e si è anteposto il primo partito, il quale altronde è consono a' principii.

Neppure sembra necessario, quando il suo credito non sia litigioso, ma certo e liquido, che faccia destinare un curatore alla eredità accettata col beneficio dello inventario (supra, n. 497).

Non pertanto ciò che è necessario, per poter collocare in conto nel capitolo degli esiti i debiti soddisfatti a se stesso, si è averli effettivamente estinti col ritirarne lo importare dalla massa. È questa la regola generale; e nulla di straordinario offre lo applicargliela! (Arg. dagli art. 533 e 995 C. pr. — 616 e 4074; confr. decis. C. di Parigi 25 giugno 1807, Sirey, 4807, II, 996; arresti C. cass. 27 lug. 1853, Daissé, Dev., 1853, I, 726; 23 giugno 1856, stessa causa, G. del F., 1857, p. 423; Duranton, t. VII, n. 35; Billard, n. 71, Vazeille, art. 808, n. 6, 7; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 202; Massé e Vergé, t. II, p. 352; Tambour, p. 313).

311. — Pongasi mente alla imperativa formula del testo in esame.

L'art. 808 — 727 dichiara egli paga!

Dunque questa non è per l'erede beneficiario una semplice facoltà, sì bene una obbligazione! e quando abbia presso di lui fondi disponibili, non può negarsi a pagar quelli, chiunque sieno, i quali si presentino, adducendo ovvero offrendo provare esservi eredi o legatarii eguali in dritto o preferibili, se altronde costoro non abbiano formato opposizione. Il legislatore non ha voluto subordinare alla personale valutazione, e per lo più alla cattiva volontà dello stesso erede, il diritto da lui conceduto a' eredi ed ai legatarii diligenti di venire soddisfatti senza indugio (confr. Toullier, t. II, n. 383; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, pag. 202; Fouquet, *Enciclop. del Dritto*, v. *Benef. d' invent.*, numero 419).

312. — Dalle quali cose è mestieri inferire l'erede beneficiario non aver dritto di negare a' legatarii il rilascio da essi domandato de' loro legati; di negarlo, io dico, ad essi pel motivo che, cecidendosi dai debiti i beni, non potranno venire soddisfatti i legati (supra, n. 295).

E conseguentemente neppure potrebbe far vendere i beni legati, ad obbietto di soddisfare esso medesimo i debiti col prezzo delle vendite medesime (confr. decis. C. di Bordò 8 luglio 4828, Baillet, D. 1829, II, 45).

In vero l'art. 808 non distingue i legati di somme o quantità da' legati di corpi certi; e l'obbligo che esso impone all'erede beneficiario di pagare i legatarii, secondo che si presentano, applicasi a tutti i legati ed in tutti i casi indistintamente.

313. — Quando l'art. 808 dichiara dover l'erede beneficiario pagare i eredi ed i legatarii, secondo che si presentano, suppone per altro, come avvertimmo, tenere l'erede medesimo presso di sé danaro disponibile.

Ma del pari ne risulta dover l'erede beneficiario effettivamente pagare, tostochè abbia danaro presso di sé, val dire in proporzione degl' intrinsechi e dello riscossioni.

Laonde debbe pagare col prezzo della vendita de' mobili, senza attendere la vendita degl' immobili, e viceversa (confr. art. 552 e seg. C. com. — 544; ed *infra*, n. 353).

Similmente la esistenza di un giudizio sostenuto dall'erede non debbe ostare al pagamento de' eredi ed de' legatarii, se altronde vi sieno fondi sufficienti per pagarli; dappoichè allora, come con sommo fondamento insegna Toullier, tornerebbe manifesto il giu-

dizio trovarsi a carico dell'erede (tom. II, n. 394.).

314. — Qual è mai il dritto de' eredi non oppositori, i quali si presentino dopo essere stati soddisfatti legatarii o eredi?

Se il conto non siasi ancor liquidato, possono però liquidarlo con l'erede; ed in ogni caso debbono venire soddisfatti totalmente o parzialmente su la somma residuale rimasta presso di lui.

315. — Ma se la somma residuale si fosse pagata, o se ciò che ne rimanga fosse insufficiente a soddisfarli integralmente, i non oppositori potrebbero sperincutare regresso:

A. Sia contro l'erede beneficiario;

B. Sia contro i legatarii i quali avessero ricevuto i loro legati;

C. Sia contra gli altri eredi anteriormente soddisfatti?

316. — A. Contro l'erede beneficiario?

No ad evidenza! dappoichè, in conformità dell'art. 808, qualora non vi fossero oppositori, sarebbe in obbligo di soddisfare i primi a presentarsi. Dunque i pagamenti così fatti da lui sono regolari, ed ha dritto di collocarli nell'esito del conto, quando altronde abbia soddisfatti i veri eredi o legatarii (confr. Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, articolo 2, § 6; Demante, loc. *supra*; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 202.).

317. — B. Contro i legatarii?

Sì! L'art. 809 — 728 è positivo all'obbietto:

« I eredi non oppositori, i quali non si presentano che dopo la liquidazione de' conti, ed il pagamento della residua somma, non hanno azione che contro i legatarii. »

In vero i legatarii, come si è affermato, *certant de lucro captando*, mentre i eredi *certant de damno vitando*; ed è sembrato consono al dritto ed alla equità i eredi, eziandio non oppositori, avere regresso avverso i legatarii.

318. — Non pertanto è innegabile il regresso medesimo essere di siffatta natura da dar luogo ad obiezioni; sia perchè in ultima analisi i pagamenti a' legatarii, in mancanza di ogni opposizione, trovansi regolarmente fatti (art. 808); sia perchè i eredi non oppositori possono accagionarsi di negligenza; sia finalmente perchè importa al bene generale dello Stato di rendere stabili, per quanto più turni possibile, le operazioni seguite ad anti-

o meno inopinate, i cui risultamenti possono talvolta riuscire sommamente nocivi.

E per tal motivo appunto il legislatore ha circoscritto ad un triennio la durata di questo regresso de' creditori non oppositori avverso i legatarii, i quali effettivamente, trascorso tal periodo di tempo, debbono credere alle irrevocabilità del proprio dritto, e stabilire il lor modo di vivere e conseguentemente le loro spese.

319. — Questa speciale prescrizione principia a decorrere, dichiara l'art. 809, *a computare dal giorno della liquidazione del conto, e del pagamento della residua somma*, ovvero, ad esprimersi con maggiore esattezza, a principiare da questa ultima epoca, val dire da quella del pagamento della somma residuale; avvegnachè il legislatore, adoperando tal formola, la quale confonde la liquidazione del conto ed il pagamento della residua somma, ha supposto ad evidenza le due operazioni seguire simultaneamente: se dunque un qualsivoglia intervallo di tempo fosse trascorso tra la liquidazione del conto ed il pagamento della somma residuale, il triennio dovrebbe cominciare a decorrere a computare dal dì di questa ultima operazione (conf. Toullier, t. II, n. 384; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 632; Zachariae, Massé e Vergé, t. II, p. 353).

320. — Nulladimeno Duranton insegna che il legatario, il quale avesse ricevuto lo importare del legato da tempo minore di un triennio, non potrebbe venire molestato validamente da un creditore negligente, se il conto si fosse renduto e liquidato da un triennio e anche quando, avvisa il nostro dotto collega, fosse rimasta qualche residua somma presso l'erede, che possedesse ancora o che avesse erogata da tempo minore di un triennio; la qual cosa accadrà spessissimo, » (T. VII, n. 35; agg. Zachariae, ediz. Aubry e Rau, t. V, p. 204.)

Cotesta soluzione in buona sostanza consiste nello affermare il triennio principiare a decorrere, per ciascuno de' legatarii, dal giorno in cui avesse ricevuto lo importare del legato: indubitatamente potrebbe venire sorretta da motivi gravissimi; dappoichè la fidanza del legatario nella irrevocabilità del pagamento da lui ricevuto trae origine, rispetto a lui, dalla mancanza di reclamo avverso di esso dal dì del pagamento medesimo; anzi è da aggiungere l'art. 418 del progetto di Codice dell'anno VIII dichiarar primamente:

DENOLOMBE, Vol. VIII.

« Questo regresso prescriversi col trascorrimento del triennio *a computare dal giorno della dimanda di rilascio del legato.* » (Fenet, t. II, p. 444.)

Ma non è questo il sistema definitivamente ammesso dal nostro Codice; ed il testo dell'art. 809 ci sembra dimostrare, nel più esplicito modo, che il punto da cui debbe cominciare a computarsi il triennio debba essere il giorno del pagamento della somma residuale (conf. Toullier, t. II, n. 344; Aubry e Rau sopra Zachariae, t. V, p. 204; Massé e Vergé, t. II, p. 353).

321. — Lo intendimento del legislatore, nell'art. 809, ci sembra essere il concedere tale azione di regresso a' creditori, direttamente e di proprio dritto, avverso i legatarii (supra n. 302 e seg.).

Demante ha spiegato tale diretta azione, sostenendo che i beni della eredità accettata col beneficio dello inventario formavano lo special pegno de' creditori, per guisa da potersi considerare in certo modo appartenere loro; che conseguentemente i legatarii, mentre avevano ricevuto ciò che non dovevasi loro (non essendovi cosa alcuna da poter soddisfare i legati), avevano ricevuto ciò che apparteneva a' creditori; e che l'azione di costoro avverso di essi trovavasi quindi, sotto taluni rapporti, poggiata ad una idea di rivendicazione; il che additava la ragione per cui il legislatore l'aveva circoscritta al periodo di un triennio, termine ordinario della rivendicazione de' mobili, quando venga ammessa avverso terzi di buona fede, in conformità dell'art. 2279 — 2183 (t. III, num. 433 bis, II e III).

Lice dubitare avere il legislatore posto mente a siffatta analogia, la quale potrebbe effettivamente sembrare alquanto ardità; ma la spiegazione del nostro compianto maestro rimane sempre dotta ed ingegnosa.

322. — Potrebbe mai attribuire a' creditori non oppositori, contro i legatarii, un regresso a titolo diverso e di maggior durata?

Primamente è indubitato non poter avere alcun regresso, in forza dell'art. 4166 — 1419, rappresentando l'erede o la eredità; dappoichè non potendo l'erede nè la eredità venire molestati pe' pagamenti fatti a' legatarii, in mancanza di opposizione, non hanno allora alcuno interesse, nè conseguentemente regresso alcuno (supra n. 309 e 314).

Ma non potrebbero forse agire, in forza

dell'art. 1167 — 1120, pel motivo il pagamento essersi fatto dall'erede a legatarii in frode de' loro crediti?

L'articolo in esame non l'ha presupposto ed in vero la regola ci sembra essere i pagamenti a' legatarii, in forza del secondo comma dell'art. 808, quando non vi fossero creditori oppoienti, non doversi ripetere fatti in frode. Ciò torna manifesto, se i legatarii abbiano ignorato la esistenza de' creditori; e lo stesso fatto di averla conosciuta non basterebbe da sé solo a rendere loro estranei gli art. 808 ed 809, i quali effettivamente non fanno cotesta distinzione (infra, n. 324).

Nulladimeno tornerebbe impossibile a' creditori lo invocare con buon fondamento l'articolo 1167, qualora scorgessero particolari circostanze da cui discendesse la prova di un fraudolento concerto fra l'erede ed i legatarii soddisfatti in loro detrimento; come, per esempio, la estrema precipitanza dell'erede nel soddisfarli, gl'immediati avvisi loro dati di presentarsi, facendo loro conoscere essere insolubile la eredità, ec.; ed allora però la loro rivocatoria azione perdurerebbe un trentennio... o un decennio, secondo la durata dell'azione Paoliana; la qual cosa verrà appreso o disaminata (art. 1167).

323. — L'art. 809 conferisce testualmente il regresso a' creditori non oppoienti, avverso i legatarii, pel caso in cui si presentino dopo la liquidazione del conto ed il pagamento della residua somma.

Fuori dubbio unicamente perchè ha supposto quelli i quali si presentino prima del pagamento della somma residuale poter venire soddisfatti su la somma medesima.

Ma forse, se tal mezzo riuscisse insufficiente, non potrebbero sperimentare alcun regresso avverso i legatarii?

A parer nostro non ha potuto esser questo il divisamento del legislatore; avvegnachè i creditori, i quali si presentano prima del pagamento della somma residuale, sono più diligenti di quelli i quali si presentano dopo; e nessun torto si fa loro trattandoli nella stessa guisa degli altri (Confr. Demante, tom. III, v. 433 bis, IV.).

324. — C. Da ultimo è questione se i creditori non oppoienti possano esercitare regresso avverso gli altri creditori i quali han ricevuto, con anteriori pagamenti, una porzione eccedente la rata loro spettante dietro regolare distribuzione.

Evidente è la negativa, a norma del testo

medesimo dell'art. 809, qualora si presentino dopo la liquidazione del conto ed il pagamento della somma residuale.

Ma che mai statuire, se si presentino prima?

A parer nostro torna pure manifesto non aver egli in questo caso alcuno regresso:

Nè, in forza dell'art. 1166, rappresentando l'erede beneficiario il quale, avendo fatto regolari pagamenti, esso medesimo non ha alcuna azione di ripetizione, e di cui non sono altronde, per alcun titolo, divenuti particolari creditori (supra, n. 309);

Nè, in forza dell'art. 1167, di proprio diritto, per causa di frode; dappoichè non si potrebbero considerare fraudolenti pagamenti regolarmente fatti, in conformità della legge, in mancanza di ogni opposizione: anzi è uopo soggiungere la particolare cognizione avuta dal creditore soddisfatto dell'esistenza degli altri creditori non essere sufficiente per non doversi il pagamento fattogli riguardare regolare ed irrevocabile; in vero nessun testo impone a' creditori diligenti l'obbligo di citare e costituire in mora i creditori negligenti (confr. decis. C. di Orléans 15 novembre 1832, Fauvcau, Dev., 1833, II, 511; e supra, n. 322; ved. nondimeno Demante, t. III, n. 433 bis, III).

325. — Ma i creditori non oppoienti non han forse allora azione diretta e di proprio diritto, in forza dell'art. 809?

Ridotta, come debbe esserlo, a questi termini, la questione diviene, è uopo confessarlo, procaccia: di fatti è dessa sommamente controvertita.

Per sostenere il regresso medesimo competere a' creditori non oppoienti avverso gli altri creditori, possono porre in campo tre ordini di argomenti, desunti sia dal testo medesimo della legge, sia dalla mente de'suoi compilatori, sia da' generali principii di dritto e di equità:

1° A norma dell'art. 809 i creditori, che possono esercitare regresso contro i legatarii son quelli i quali non si presentano che dopo la liquidazione del conto ed il pagamento della residua somma;

Or suppongonsi creditori i quali si presentano prima della liquidazione del conto e del pagamento della residua somma;

Dunque l'art. 809, ben lungi dal negar loro regresso avverso gli altri creditori, virtualmente lo concede loro; avvegnachè risulta a contrario da questo articolo il loro re-

gresso allora non esercitarsi soltanto avverso i legatarii, e conseguentemente esercitarsi eziandio avverso gli altri creditori.

2° Aggiugnesi i preparatorii lavori testificaro siffatta volontà del legislatore.

L'art. 417 del progetto del governo concedeva, come l'art. 809, regresso contro i soli legatarii; ed il regresso medesimo veniva limitato dall'art. 418 ad un triennio (Fenet, t. II, p. 414) ma, dietro le osservazioni del Tribunal di cassazione e del Tribunale di Aix, il Consiglio di Stato modificò l'articolo, aggiugnendovi un secondo comma così concepito:

« Quelli i quali si presentano prima della liquidazione del conto possono altresì esercitare un regresso sussidiario contro i creditori soddisfatti in loro detrimento. »

E siccome l'articolo in tal guisa modificato contemplava due casi di regresso, così furono soggiunte pure le seguenti parole:

« Nell'uno o nell'altro caso l'azione si prescrive col lasso di tre anni. » (Fenet, t. III, p. 415, e t. X, p. 415).

Tale stabilimento, come ben si ravvisa, era positivo. E ben vero che esso non si è rinvenuto nella novella compilazione del progetto di legge proposto dalla sezione di legislazione al Consiglio di Stato; ma per qual ragione disparve? forse perchè il legislatore mutò intendimento su tal punto? è impossibile, diceasi, supporre ciò; avvegnachè da un lato nulla dimostra essersi tolta via la bella posta siffatto stabilimento: non potrebbesi mai comprendere la commissione di compilazione aver tolto via una disposizione da essa medesima proposta, e la quale non ebbe verun contraddittore; e d'altro lato la espressione rimasta nell'art. 809 nell'uno e nell'altro caso . . . , suppone ad evidenza esservi ancora due casi di regresso. Dunque l'unico modo onde si possa spiegare l'essersi tolta via la disposizione che espressamente concedeva il regresso avverso i creditori, si è l'affermare questa disposizione essere sembrata inutile, ovvero l'essersi tolta via trarre origine da semplice inavvertenza e da errore di copista.

3° Da ultimo pretendesi cotesto regresso dovere tanto più venir concesso in quanto che è simultaneamente giuridico ed equo. In diritto il vero si è che i creditori, i quali abbiano ricevuto più di ciò che sarebbe loro spettato dietro regolare distribuzione, non possono dire *meum recepti*; dappoichè l'ac-

cettazione col beneficio dell'inventario aveva per contrario ridotto i dritti di ciascuno ad una rata proporzionale, talchè il regresso potrebbe trovarsi qui peggiorato ad una idea di rivendicazione (*supra*, n. 321); ed in equità sarebbe estrema durezza il non soccorrere creditori non citati nè avvertiti de' pagamenti da farsi in loro detrimento; e precisamente ciò elimina l'applicazione che qui vorrebbe fare dell'art. 503 del Codice di commercio; avvegnachè la legge impone, in materia di fallimento, provvedimenti di pubblicità non richiesti in materia di beneficio d'inventario (art. 492 C. com. — 484; *confr.* Toullier, t. II, n. 383, Chabot, art. 809, n. 3; Malpel, n. 235 e seg.; Poujul, art. 809; n. 2; Taulier, t. III, p. 267-269; Marendé, articolo 809, n. 2; Coulon, *Quist. di Dir.*, t. I, p. 587; Fouquet, *Enciclop. del Dir.*, v. *Benef. d'invent.*, n. 447.)

Ad onta di tali argomenti la opposta dottrina ci sembra meglio fondata:

1° Rispetto a' lavori preparatorii, le illazioni che possiedono desumere sono tanto incerte da non potere esercitare molta influenza su la soluzione. Per qual motivo l'aggiunzione fatta dapprima dal Consiglio di Stato venne poscia tolta via? tal punto è avvolto di dense tenebre: i propugnatori della dottrina da noi oppugnata pretendono che la disposizione sarà sembrata inutile, o che siasi tralasciata per errore; ma innanzi tutto non potrebbesi ammettere che i compilatori abbiano riguardato inutile un'aggiunzione di siffatta importanza, ed ostile al primitivo progetto: il più verosimile si è essersi a bella posta tolta via quella disposizione, e tal provvedimento essere stato risultamento di una emenda, per effetto di cui venne adoperata nell'art. 809 la espressione non oppponenti, la quale non vi si rinveniva dapprima: di fatti l'articolo, per effetto di questa novella compilazione, assicurando un regresso a' creditori oppponenti avverso gli altri creditori, si potette benissimo considerare non essere necessario ritenere la disposizione, la quale assicurava un regresso eziandio a' non oppponenti, val dire ai negligenti. E circa la inavvertenza nella compilazione e l'errore di copista, noi avvisiamo perimente essersi commesso un errore di tal genere; ma quale? si afferma consistere lo errore nel non aver conservato l'aggiunzione fatta dapprima dal Consiglio di Stato: per contrario rispondiamo consistere nello aver conservato nell'ultimo comma dell'articolo la o-

spressione nell'uno e nell'altro caso, la quale riferivasi a due casi di regresso dapprima ammessi. Conosciamo bene essersi impresso a spiegare tale espressione, nel nostro sistema, sostenendo riferirsi al duplice regresso, sia degli opposenti contro i creditori, sia de' non opposenti contro i legatarii (ved. *supra*, n. 305); ma la parte storica della compilazione e la grammaticale costruzione de' testi in esame non ci sembrano favorire cotesti sforzi d'interpretazione; e finalmente dal fin qui detto risulta, a parer nostro, il più sicuro partito essere lo attenersi allo actual testo dei nostri articoli ed a' veri principi per risolvere la proposta questione.

2° Or primamente che mai dichiara l'articolo 808?

« Se non vi sono creditori opposenti, egli a paga (l'erede beneficiato) i ereditori ed i legatarii secondo che si presentano. »

Quindi i pagamenti fatti da lui a' creditori primi a presentarsi sono validi; e la regola debbe essere reputarsi diffinitivi, ed il ereditore, il quale abbia ricevuto il dovuto fogli, non andare sottoposto ad azioni di ripetizione: *Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit* (L. 44, ff. de *condict. indebit.*).

Affermiamo tale essere la regola da osservare, tranne quando un testo di legge vi abbia apportato eccezione;

Or l'art. 809 attribuisce a' creditori non opposenti regresso contro i soli legatarii;

Dunque, relativamente a' ereditori anteriormente soddisfatti, è da osservare la regola generale ed il diritto comune.

Ma, dicesi, tutto l'opposto! se l'art. 809 attribuisce regresso a' non opposenti contro i legatarii, lo attribuisce loro sol quando non si presentino che dopo la liquidazione del conto ed il pagamento della residua somma: dunque, se si presentano prima di tale operazione, attribuisce loro il regresso eziandio avverso i creditori.

In vero tal è l'unico argomento della dottrina da noi oppugnata, un argomento a contrario, desunto da tal frase incidente adoperata nell'art. 809.

Ci sembra ineluttabile non essere ben fondato siffatto argomento.

Di fatti tocca manifesto cotesta frase incidentale dell'articolo 809, i quali non si presentano ec., riferirsi unicamente al diritto competente a' non opposenti, i quali si presentano prima della liquidazione del conto ed il pagamento della somma residua-

le, di farsi soddisfare dall'erede beneficiato, su la somma residuale rimasta ancora disponibile presso di lui; ed in ciò consiste tutta la differenza stabilita dall'art. 809 fra quelli che si presentano dopo e quelli che si presentano prima di pagarsi la somma residuale: i primi han regresso contro i legatarii, mentre gli altri hanno inoltre il mezzo di dimandare all'erede la somma residuale; ma nè gli uni nè gli altri han regresso contro i creditori già soddisfatti.

E la legge, così intesa, è altamente giuridica e ragionevole; dappoichè tornerebbe impossibile spiegare, in diritto o in ragione, per qual motivo il regresso verrebbe negato agli uni e conceduto agli altri; negato a que'li che si presentano dopo pagata la somma residuale e conceduto a quelli che si presentano prima. In vero che mai importa a' creditori anteriormente soddisfatti la circostanza gli altri ereditori, presentatisi dopo di essi, essersi presentati prima o dopo il pagamento della somma residuale? In che mai tal circostanza, loro affatto estranea, e di per sé assolutamente indifferente, può influire su la regolarità definitiva de' pagamenti loro fatti?

3° Dunque i testi ci sembrano ostare al regresso medesimo; ed abbiamo dimostrato nel tempo stesso quei testi essere unisoni a' principi. Obbiettasi i creditori anteriormente soddisfatti aver ricevuto più del dovuto loro, avendo l'accettazione col beneficio dello inventario per risultamento di ridurre i diritti de' creditori a rate proporzionali. Ma preesistentemente la prova dell'opposto discende dall'art. 808, il quale permette all'erede soddisfare integralmente i primi a presentarsi. È ben vero che Pothier riferisce il parere di Rousseau, il quale divideva l'erede beneficiato reputarsi soddisfare i creditori primi a presentarsi, sotto condizione della collazione a pro degli altri ereditori dappoi presentatisi; ma lo stesso Pothier professa opposta dottrina, parimente professata da Lebrun vigente il nostro antico diritto (Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, art. 2, § 6, ed Introd. ni tit. XVII della cons. di Orleans, n. 54; Lebrun, lib. III, cap. IV, n. 19).

Noi crediamo aver dimostrato tale essere pure la dottrina formata dal nostro Codice, il quale ha qui applicato le massime: *Jura vigilantibus prosunt; in pari causa, melior est causa possidentis*.

L'art. 503 del Codice di commercio testifica del pari tal essere lo spirito generale della

nostra legislazione. Conosciamo esservi, in materia di fallimento, taluni provvedimenti di pubblicità non richiesti nel beneficio dello inventario: tutto ciò che ne conseguita si è il sistema del beneficio dello inventario aver potuto essere migliore (la qual cosa assai volentieri ammettiamo) ma non già esser diverso da quello da noi dimostrato (confr. decis. C. di Parigi 23 giugno 1807, Sirey, 1807, II, 996; arresto C. cass. 4 apr. 1832, Fauveau, Dev., 1832, I, 436; decis. C. di Orléans 15 nov. 1832, Fauveau, Dev., 1833, II, 541; di Montpellier 14 marzo 1850, Mérie-Mourau, Dev., 1850, II, 479; Malleville, *Analisi*, t. II, p. 293; Delvincourt, t. II, p. 112; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 384, nota 4; Duranton, t. VII, n. 35; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 809, Osserv., II; Billard, n. 94; Ducaurroy, Bonnier e Rouslaing, t. II, n. 632; Demante, t. III, n. 133 bis, III; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 202; Massé e Vergé, t. II, p. 352, 353; Tambour, p. 358 e seg.)

326. — Converrebbe almeno concedere ai creditori non opposenti il beneficio conceduto dall'art. 503 C. com., in materia di fallimento, a' creditori i quali non abbiano partecipato alle ripartizioni anteriori, e per effetto di cui i creditori medesimi han diritto di prelevare su l'attivo non ancora ripartito le rate spettanti a' loro crediti nelle prime ripartizioni.

Potrebbe essere sommamente dubitare; e non pertanto non sarebbe forse questo un equo temperamento alla soluzione da noi ammessa, e dal nostro Codice al certo ritenuta, a parer nostro? L'analogia fra queste due situazioni non è forse quasi compiuta? (Arg. dall'art. 2146 — 2040), ed avendo noi testè invocato l'art. 503 avverso i creditori non opposenti, non è forse razionale non dividerne contro di essi le disposizioni? (Confr. Tambour, loc. supra cit.; ved. pure infra, n. 354).

327. — Le testè esposte soluzioni applicansi per altro allo stesso erede beneficiario, qualora avesse soddisfatto effettivamente se medesimo de' crediti da lui vantati contro la eredità. Se allora non vi fossero creditori opposenti non sarebbe al pari di ogni altro creditore anteriormente soddisfatto sottoposto a regresso da parte de' creditori, dappoi presentatisi (supra, n. 310; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 202).

328. — I legatarii non opposenti potrebbero forse esercitare regresso avverso altri legatarii anteriormente soddisfatti?

Marcadé applica a' legatarii la stesse dottrina da lui insegnata relativamente a' creditori, val dire attribuisce o nega loro un regresso contro i collegatarii, secondo che si presentino prima o dopo il pagamento della somma residuale (art. 809, n. 2 — 728; confr. eziandio Massé e Vergé sopra Zachariae, tom. II, p. 353).

Indubitabilmente questa dottrina, nella sua applicazione fra' legatarii, potrebbe sembrare equa; e nondimeno non avvisiamo doversi accogliere.

A norma dell'art. 808 — 727 i pagamenti fatti dall'erede a' legatarii primi a presentarsi sono regolari; ed il principio si è dover essere diffinitivi, salvo quando un testo di legge vi apporti eccezione: or l'art. 809 stabilisce il regresso avverso i legatarii a pro de' creditori: dunque nessuno regresso viene concesso dalla legge a' legatarii avverso i collegatarii.

La legge ha potuto considerare trovarsi di fatti i collegatarii tutti egualmente in pari causa, e quindi esservi luogo, in tale stato di cose, ad applicar la massima: *Melior est causa possidentis*.

Noi stessi comprendiamo non rimanersi altronde soddisfatto pienamente di ciò; ma ci pare indubitato trovarsi la legge così scritta; ed è questa pure, se vogliasi, una novella prova aver potuto essere migliore (confr. Demante, t. III, n. 434 bis; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 202; Tambour, p. 353, 354).

329. — Gli articoli in esame non hanno determinato in qual modo ed in qual proporzione dovessero esercitarsi i regressi, nei casi in cui abbiamo ravvisato venire ammessi, sia da parte de' creditori opposenti contro i legatarii e gli altri creditori; sia da parte dei creditori non opposenti avverso i legatarii, sia finalmente da parte de' legatarii opposenti avverso gli altri legatarii.

La più giuridica ed equa soluzione sarebbe, a parer nostro, nel silenzio della legge, quella che sommettesse a proporzionale riduzione ciascuno di coloro i quali avessero ricevuto pagamenti anteriori, senza aver riguardo altronde alla data più o meno rimota de' pagamenti medesimi.

Cotesta soluzione sembra dapprima ineluttabile, nel caso in cui l'azion di ripetizione verrà esercitata dallo stesso erede beneficiario e di proprio diritto; dappoi perchè l'azion dell'erede trovasi precisamente fondata su la causa che, qualora l'attivo ereditario non bastasse

pel pagamento integrale di tutti i pesi, è tenuto, verso ciascuno degli interessati, ad una rata proporzionale, e ciascuno di essi, ricevendo di più, ha ricevuto più del dovuto.

Or lo stesso motivo non è forse del pari applicabile al caso in cui il regresso venga direttamente sperimentato da un creditore non opponente avverso i legatarii? È ben vero potersi obiettare, in conformità dell'art. 808, quelli fra' legatarii primi ad essere soddisfatti, quando l'attivo, rimasto dopo il loro pagamento, bastasse ad estinguere i debiti, trovarsi regolarmente soddisfatti, e la irregolarità colpire i pagamenti fatti dappoi agli altri legatarii, quando l'attivo non bastasse più pel pagamento de' creditori. Ma l'art. 809 — 728, attribuendo, senza distinzione di epoca, un regresso contro i legatarii, non sembra attenersi menomamente a tal punto di veduta: per contrario modifica, sotto questo rapporto, riguardo a' legatarii, la regola fermata con l'art. 808; e conseguentemente ci sembra sottoporli tutti indistintamente ad azione di regresso proporzionalmente a ciò che ciascuno di essi abbia ricevuto (confr. Tambour, loc. supra).

D. Dell'obbligo dell'erede beneficiato di render conto della sua amministrazione.

SOMMARIO.

- 330 — L'erede beneficiato è lo obbligo di render conto; e può essere all'obbligato astretto su' beni suoi particolari.
 331. — Continuazione.
 332. — Ciò non vuol dire che l'erede beneficiato, in mora di esibire il conto, debba venir dichiarato erede puro e semplice.
 333. — In quali casi dovrebbi considerarsi l'erede beneficiato lo mora di esibire il conto?
 334. — Ogni parte interessata può domandare all'erede bene se lo conto della sua amministrazione.
 335. — Continuazione.
 336. — In qual modo debbesi rendere il conto?
 337. — Una volta renduto il conto, basta esibirlo a' sovelli creditori e legatarii, che al presentano, salvo ad essi lo appagarlo.
 338. — Il conto si compone del capitolo dello introito e del capitolo dell'esito. — A. Del capitolo dell'introito.
 339. — B. Del capitolo dell'esito.
 340. — Continuazione. — L'erede beneficiato non ha stipendio né indennizamento.
 341. — Continuazione. — Delle spese di appozione de' suggerelli ec.
 342. — Continuazione. — Delle spese di amministrazione.
 343. — Delle spese de' giudizi sostenuti dall'erede beneficiato.
 344. — Tutte le spese di amministrazione vengono prelevate

dall'eredità innanzi del pagamento de' creditori delle eredità e de' legatarii.

345. — Continuazione.

346. — *Quid relativamente d'ordini di mozione?*

347. — L'erede beneficiato può venire astretto su' beni suoi particolari pel pagamento della somma residua.

348. — Debbi forse gli interessi a cominciare dal giorno in cui venga costituito in mora?

349 bis. — Una volta liquidato, e stabilito il conto, l'erede beneficiato può, secondo tema di rendersi erede puro e semplice, liberamente disporre de' beni ereditari?

330. — A norma dell'art. 803 — 720, « l'erede beneficiato deve render conto della sua amministrazione a' creditori ed a' legatarii. »

Nulla di più semplice; dappoichè i beni da lui amministrati formano lo special pegno dei creditori e de' legatarii.

Laonde osservammo (supra, n. 160) che, in conformità dello stesso art. 803, può venire astretto su' suoi beni particolari, dopo costituito in mora a presentare il suo conto, e mancando di soddisfare a tale obbligazione.

331. — L'articolo in esame dichiara poter venire astretto su' beni suoi proprii.

Da ciò conseguita i creditori ed i legatarii poterlo convenire in giudizio come erede puro e semplice, pel pagamento di ogni debito e peso esigibile.

È tanto virtualmente suppone altresì l'ultimo comma dell'art. 803, dichiarando che, dopo la liquidazione del conto, non può essere astretto al pagamento co' suoi proprii beni, che solamente fino alla concorrenza di quelle somme, delle quali egli risulti debitore per residuo.

Dunque, prima della liquidazione, e quando lo indugio di render conto impedisca a' creditori ed a' legatarii il conoscere in che consista l'attivo ereditario costituente il loro pegno, possono astringerlo su' beni suoi particolari pel pagamento di tutto ciò che è loro dovuto (confr. arresti C. cass. 23 mag. 1815, G. del F., t. XII, p. 740; 18 nov. 1816, G. del F., t. XIII, p. 676; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 497; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 803, Osserv. 4).

332. — Altronde, per tal fatto, l'erede non debbe venir dichiarato decaduto dal beneficio dello inventario: nessun testo di legge attribuisce tal decadenza al suo indugio di render conto; avvegnachè l'art. 803, permettendo procedimenti su' beni suoi particolari, non implica menomamente tal pena, del

pari che altronde il suo indugio nel rendimento del conto non implica da parte sua lo intendimento di rendersi erede puro e semplice.

Dunque bastava il dichiarare l'erede beneficiario personalmente tenuto verso il creditore o il legatario, che lo avesse costituito in mora a render conto.

Consequentemente nulla osta all'erede beneficiario, con lo esibire dappoi il conto, impedire novelli procedimenti su' proprii beni (cofr. decis. C. di Parigi 10 giugno 1820, Dev. e Carr., *Collez. nuova*, VI, II, 274; di Riom 30 dicem. 1821, Dev. e Carr., *Collez. nuova*, VII, II, 509). Un opposto giudicato venne emesso, ma in una specie da giudicarsi in conformità dell'antica consuetudine di Parigi arresto C. cass. 23 piovoso anno XII, Dev. e Carr., *Collez. nuova*, I, 1, 933.

333. — In quali casi dovressi considerare l'erede beneficiario trovarsi costituito in mora di esibire il conto?

Billard ha desunto per analogia dal ravvicinamento degli art. 807 C. Nap. — 726, e 492, 993 C. pr. — 4068, 4069, riguardanti la cauzione, dover l'erede godere il termine di tre giorni, a computare dal dì della intimazione fattagli (n. 85).

Il vero si è che la legge non istabilisce alcun termine, e che anzi dall'art. 803 risulta l'erede dover esibire il conto immediatamente e senza indugio appena costituito in mora di farlo, salvo al magistrato, dietro sua dimanda, accordargli una dilazione, secondo le circostanze.

Dunque è questa una quistione di fatto anziché una quistione di dritto (cofr. Toulhier, t. II, n. 387; Chabot, art. 807, n. 3; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 497).

334. — O: ni parte interessata, creditore o legatario, può dimandare all'erede beneficiario il conto della sua amministrazione.

In vero quando lo erede dichiara trovarsi l'attivo esaurito e non potere più in avvevire soddisfare coloro che si presentassero, è mestieri giustificare tale assertiva, e la giustificazione medesima costituisce il suo conto.

335. — La Corte di Orleans giudicò che gli stessi creditori della eredità muniti di titoli esecutivi non sono in obbligo di valersi del mezzo diretto di esecuzione su' beni particolari dell'erede dopo costituito in mora, e che possono agire contro di lui per via di azione di recodimento di conto della sua ammi-

nistrazione (Decis. 25 feb. 1847, Varigant, Dev., 1847, II, 654).

In vero tal decisione ci sembra unisona ai testi ed a' principii, non supponendosi però l'erede, il quale si neghi a rendere il conto, avere lo intendimento di esonerarsene col rendersi erede puro e semplice.

336. — Altronde il conto può rendersi amichevolmente, qualora vi consentano tutti i creditori e legatarii, di età maggiore e dispositori de' proprii diritti.

Diversamente debbe rendersi nelle forme imposto con gli art. 527 e seg. C. pr. — 610 (art. 995 — 1074 dello stesso Codice).

337. — Una volta liquidato il conto, avviamo bastare di poi esibirlo a' novelli creditori e legatarii, i quali si presentassero, salvo ad essi il diritto di oppugnarlo.

338. — Il conto dell'erede beneficiario si compone però, come tutti i conti in generale, di due capitoli, cioè uno dell'introito, l'altro dell'esito. Ne abbiamo già fatto conoscere gli elementi, con lo esporre le regole della sua amministrazione; e ci basti qui riassumerle col rimettervi.

A. Il capitolo dello introito debbe comprendere tutto ciò che l'erede beneficiario abbia rinvenuto nella eredità e tutto ciò che abbia per essa ricevuto: cioè i mobili compresi nello inventario, i crediti, le rendite perpetue, non solo per le annualità, ma eziandio pel capitale (Arresto C. cass. 10 ag. 1840, de Nicolai, Dev., 1840, I, p. 875); lo importare delle fatte riscossioni; il prezzo della vendita dei beni: i frutti, interessi ed annualità da lui percepiti (*supra*, n. 257); lo importare dei danni-interessi, di cui sarebbe tenuto per effetto delle gravi colpe da lui commesse, ec.

In somma potrebbesi sostenere l'erede beneficiario dover comprendere nello introito i beni, che sarebbe tenuto rilasciare, se volesse abbandonare l'amministrazione, val dire tutti i beni costituenti di fatti il pegno de' creditori del defunto e de' legatarii, tutti i medesimi, ma nulla di più (*supra*, n. 241 e seg.)

339. — B. Il capitolo dell'esito si compone di tutto ciò che l'erede beneficiario abbia legittimamente erogato per la eredità; le spese funerali, salvo a' creditori il dimandarne la riduzione, se fossero state eccessive; i pagamenti regolarmente fatti a' creditori ed a' legatarii; i pagamenti fatti dall'erede a sé stesso, se dimostri, come affermammo, esservi stata effettivamente da parte sua riscossione (*supra*, n. 310), ec.

340. — Ma osservammo non poter egli comprendere nell'esito alcuna somma per sè stesso a titolo di stipendio o indennizzamento (supra, n. 233; agg. Fouquet, *loc. supra cit.*, n. 444).

341. — L'art. 810 dichiara che :

« Le spese de' sigilli giudiziarii, se vennero « apposti, quelle dell'inventario o del conto, « sono a carico dell'eredità. »

Il nostro antico diritto, il quale permetteva pure all'erede beneficiato collocato nel capitolo dell'esito le spese di apposizione di sigilli ed inventario, non gli permetteva non pertanto collocarvi le spese delle lettere d'inventario e della loro ratificazione, essendosi le spese medesime fatte, dicevasi, nello interesse suo anziché nello interesse della eredità; ed eziandio per tal motivo la giurisprudenza del Castelletto poneva parimente a suo carico le spese di conto (Bourjon, *Dritto comm. della Francia*, lib. III, cap. X, n. 22; ved. nondimeno Novello Denizart, v. Conto di benef. d'invent., § 5, n. 5).

Ma è manifesto che tal motivo menerebbe logicamente a lasciare a carico particolare dell'erede tutte le spese arretrate dal beneficio dello inventario; dappoiché puossi affermare tutte queste spese indistintamente avere avuto luogo nello interesse dell'erede, trovandosi il beneficio medesimo dello inventario, che le rendette necessarie, stabilito di fatti nello interesse dell'erede.

Non pertanto il legislatore ha diversamente statuito, per la ragione indubitamente che, se l'erede non fosse stato incaricato dell'amministrazione, i creditori ed i legatarii sarebbero stati in obbligo di provvedervi, facendo destinare un'amministratore o un curatore, cui sarebbe stato uopo attribuire uno stipendio, e che quindi è loro interesse amministrarsi l'eredità dell'erede beneficiato, cui non debbono alcuna remunerazione; ma almeno, se l'erede non debbe aspirare a guadagno, il legislatore non ha voluto esporlo a perdita.

342. — Laonde è mestieri sospingerci più innanzi de' termini dell'art. 810, i quali ad evidenza sono meramente enunciativi e circoscrivonsi ad applicare la regola generale che suppongono; però tutti convengono che l'erede beneficiato possa comprendere nel conto tutte le spese di amministrazione; essendo le medesime spese nel senso dell'art. 533 C. pr. — 616; le spese di graduazione e distribuzione per contributo; le spese fatte per la

conservazione, il mantenimento ed il godimento de' beni; tutte quelle finalmente fatte da lui nello interesse della eredità (confr. arresto C. cass. 41 ag. 1821, Sirey, 1825, II, 55; decis. C. di Amiens 17 ag. 1836, Bedel, Dev., 1837, II, 353; di Parigi 9 genn. 1853, Chopin, Dev., 1854, II, 752; Pothier, *delle Success.*, cap. III, sez. III, art. 2, § 6; Bretonnier, Quist., p. 54; Toullier, t. II, n. 373; Duranton, t. VII, n. 36; Bilhard, n. 79 e seg; Zachariac, Aubry e Rau, t. V, p. 205).

343. — Vigente il nostro antico dritto fu molto agitata la questione se si dovesse permettere all'erede beneficiato il collocare nel capitolo dell'esito le spese de' giudizi da lui sostenuti.

Conveniva forse lasciarle sempre a suo carico?

Ovvero distinguere se l'erede fosse stato attore o convenuto?

Se fosse stato vittorioso o succumbente?

Ovvero finalmente gli si dovevano far salve, senza alcuna di tali distinzioni, qualora non vi fosse stata da parte sua grave colpa?

Ciascuna di tali soluzioni aveva trovato propugnatori (confr. Montvallon, cap. IV, articolo 19); ma alla per fine giunse a prevalere in generale l'ultima: era essa segnatamente quella propugnata da Pothier (*loc. supra*) e da Lebrun (lib. III, cap. IV, n. 21; confr. pure Bretonnier sopra Henrys, lib. VI, cap. IV, q. II; Merlin, *Rep.*, v. Benef. d'invent., num. 44).

Cotesta soluzione è al certo la più unisona a' principii, essendo dovere dell'erede il sostenere, se vi sia luogo, in giudizio gl'interessi della eredità: quindi è stata ritenuta nel nostro novello dritto con l'art. 432 C. pr. — 223, dal quale emerge gli eredi beneficiati dover soggiacere personalmente al pagamento delle spese sol quando vi saranno stati condannati, in proprio nome e senza ripetizione, per aver posto a repentaglio gl'interessi della loro amministrazione; per modo che neppure potrebbero, a parer nostro, esservi condannati con posteriore sentenza, se con quella emessa dapprima non si fosse pronunziato contro di essi tal condanna (confr. supra, n. 262; decis. C. di Amiens 4 dic. 1836, supra, n. 342; Bilhard, n. 95; Malpel, n. 237; Toullier, tom. II, n. 390; Duranton, t. VII, n. 36; Fouquet, *Enciclop. del Dir.*, v. Benef. d'invent., n. 91; Tambour, p. 374; Zachariac, Massé e Vergé, t. II, p. 353.)

344. — L'erede beneficiato ha dritto di

collocare, io primo luogo, nel capitolo dell'esito, tutte le spese da lui erogate per l'amministrazione de' beni ereditarii, ad obbietto di venirne rimborsato in preferenza degli altri creditori.

Cotesto dritto non potrebbe esser dubbio relativamente alle spese giudiziali ed alle spese funerarie dall' art. 2404, 1 e 2 comma — 4970, dichiarate privilegiate.

Ma altronde è parimente indubitato, circa tutte le altre spese di amministrazione; dapoichè, avendo le spese medesime avuto per iscopo la conservazione ed il rennizzamento de' beni ereditarii, trovasene debitrice la stessa eredità, riguardata come una specie di ente morale: dunque debbe esser tenuta a pagare i suoi debiti al pari di ogni altro debitore: ed i creditori del defunto ed i legatarii, da essa rappresentati, non potrebbero pretendere venire soddisfatti innanzi di estinguersi i debiti della eredità, i quali son quindi debiti del loro rappresentante (conf. decis. C. di Amiens 17 ag. 4836, Bedel, Dev., 4837; II, 353; di Parigi 19 gen. 4854, Chopin, Dev.; 4854, II, 752; Davot e Bannelier, t. III, lib. III, trattato 5, n. 13; Toullier, t. II, num. 388; Zaeharise, Aubry e Rau, t. V, p. 205; Massé e Vergé, t. II, p. 353).

345.—Lo stesso privilegio compete eziandio all'erede beneficiato pel pagamento delle spese de' giudizi da lui sostenuti nello interesse della eredità (confr. decis. C. di Amiens 41 ag. 4824, de Mory, Sirey, 1825, I, 55; 47 ag. 4836, *supra*; Duranton, t. VIII, n. 36; Bilhard, n. 95; Malpel, n. 237; Fouquet, *loc. supra cit.*, n. 90).

Ma cotesto privilegio può forse esercitarsi eziandio riguardo a quello fra' ereditori della eredità avuto il quale l'erede abbia patito e che sia rimasto vittorioso?

In sostegno della negativa puossi addurre:

E principio che il privilegio delle spese giudiziali può venire opposto soltanto a quelli fra' ereditori nel cui interesse sonosi erogate: or le spese di un giudizio sostenuto dall'erede avverso un creditore della eredità, ad obbietto di far sentenziare non esistere il suo credito, vennero erogate al certo non nel suo interesse, essendosi erogate per contrario direttamente contro di lui: dunque le spese medesime non potrebbero essere privilegiate contro di esso; ed in vero sarebbe troppo duro il pagarsi dallo stesso creditore le spese del giudizio da lui vinto! (Confr. arresto C. cas.

25 apr. 4854, Villefranche, Dev., 4854, I, 369).

Tale argomento è al certo sommamente grave; ma frattanto chi dovrà dunque pagare le spese medesime? non potrebbero venir poste a carico particolare dell'erede, dappoichè ha agito nel solo interesse della eredità, e noi supponiamo non essere stato coo la sentenza personalmente condannato a sopportarle (*supra*, n. 343): or se la stessa eredità ne è debitrice, come mai puossi esimerla da questo debito, eziandio rispetto a quello dei creditori che sia rimasto vittorioso nel giudizio? forse per l'unico motivo essere stato riconosciuto creditore della eredità non deve, al pari di tutti gli altri creditori, lasciar soddisfare primamente le spese erogate nello interesse della massa, e divenute, verso e contro tutti gli aventi causa di tale eredità, debito della eredità medesima? Nicias Gaillard (allora avvocato generale) altronde con sommo fondamento osservò che tutti i creditori potrebbero fare, ciascuno in particolare, la stessa obbiezione, e ebe il privilegio dell'erede, successivamente vinto da tutti gli altri privilegi, non troverebbe più dove mai applicarsi: or questo risultamento non solo sarebbe contrario ai principii; ma porrebbe altresì a repentaglio, nel più grave modo, gl'interessi dei creditori, collocando l'erede beneficiato nell'alternativa o di esporsi a sopportare personalmente le spese, nel difendere gl'interessi dell'eredità, ovvero abbandonarne la difesa!

346.—Un tempo era punto inconcusso poter l'erede beneficiato collocare nel conto i dritti di mutazione (confr. Pothier, *delle success.*, cap. III, sez. III, art. 2, § 6, ed introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 50; *Antico Rep.*, v. *Livello*, § 2.)

E cotesta dottrina è ancora generalmente ammessa oggidì (confr. il t. II di questo trattato, num. 456; decis. C. di Rouen 27 die. 4837, Troode, Dev., 4838, II, 445; 5 aprile 4845 Hellet-Vimard, Dev., 1846, II, 324; di Bordò 4 die. 1846, Cantarel, Dev., 1847, II, 298; di Parigi 49 genn. 4854, Chopin, Dev., 1854, II, 752).

Vicce pure professata altra opinione, a norma di cui l'erede che le abbia anticipate, potrebbe collocarle in conto come spese di amministrazione e conseguentemente riscuotere con privilegio su tutti i beni ereditarii, e quindi in preferenza de' creditori inscritti contro il defunto, su gl'immobili ereditarii (confr. i giudicanti *supra*; e decis. C. di Grenoble 21

marzo, 1850, Morel, Dev., 1850, II. 539, Tambour, p. 375, 376).

Non pertanto non potrebbe negare questa opinione produrre un risulamento singolare e davvero sommaramente duro pe' creditori del defunto; dappoichè ne conseguiva che il eredito de' diritti di mutazione sarebbe loro più nocivo, quando venisse esercitato avverso la eredità dall'erede beneficiario da cui furono anticipati, che se venisse direttamente esercitato dallo Stato medesimo (art. 32 della legge del 22 giug. anno VII). Laonde inclineremmo ad opinare che l'erede surrogato soltanto in questo caso ne' diritti dell'amministrazione del registro non potrebbe avere un privilegio maggiore del suo (arg. dall'art. 1231, 3° — 1204: confr. decis. C. di Bordò 15 feb. 1849, Conte, Dev., 1849, II, 536; Championnière e Rigaud, *de' Diritti di registrazione*, t. IV, n° 3880; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 205).

347. — Appena liquidato il conto, l'erede beneficiario può venire astretto su' suoi beni proprii sino alla concorrenza delle somme residuali rimaste presso di lui.

Nulla di più semplice; dappoichè allora è effettivamente debitore personale delle prodette somme (art. 803, 2092 — 720, 4962; e supra, n° 460).

348. — Puossi pretendere, per argomento desunto dall'art. 4996 — 1868, che l'erede beneficiario della loro interesse delle somme residuali rimaste presso di lui, a computare dal giorno in cui venne costituito in mora (confr. Fouët de Couflans, art. 803, n. 6; Billard, n. 92; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 498).

Ma cotesta analogia, desunta dall'art. 4996, è forse ben fondata? e l'erede beneficiario è forse effettivamente, sotto questo punto di veduta, il mandatario de' creditori della eredità e de' legatarii? ciò ci sembra sommaramente dubbio; ed il più sicuro partito, a parer nostro, sarebbe attenersi alla regola generale, a norma di cui gl'interessi sono dovuti dal giorno della dimanda. Dalle quali cose conseguiva che, quando vi sieno più creditori o legatarii, gl'interessi che han dritto di dimandare possono decorrere, a pro di ciascuno di essi, in epoche diverse, secondo l'epoca di vera in cui ciascun di essi avrà formato la dimanda di rendimento di conto (art. 4453 — 4407; confr. il tomo I, n. 307, 308; arresto C. cass. 22 ag. 1827; Benquet, D. 1827, I, 477; decis. C. di Pau 16 marzo 1824, G. del F. LXXI; p. 488; Belost-Jolimont sopra

Chabot, art. 804, Osserv. 4; Fouquet, *Enciclop. del Dir.*, loc. supra cit., n. 177; Tambour, p. 373).

348 bis. — Fouquet insegna che:

« Appena definitivamente discusso e liquidato il conto, l'erede beneficiario rimane libero da tutti i pesi dell'amministrazione: se rimangono beni, dopo estinti integralmente tutti i debiti noti, li conserva in piena proprietà e ne dispone liberamente al pari di un puro e semplice erede; ed i creditori i quali si presentassero dappoi sarebbero in obbligo di rispettare gli atti di alienazione e fatti e circoscrivere le loro pretese al prezzo o al valore delle cose alienate. » (*Enciclop. del Diritto*, v. *Benef. d'invent.*, n. 443).

Cotesta tesi ci sembra sommaramente oppugnabile; e, rispetto a noi, non inclineremmo a suggerirla.

Nessun testo di legge attribuisce tal conseguenza al rendiconto; ed in vero sarebbe stato molto pericoloso ammetterla; avvegnchè non avendo la legge stabilito alcun termine prima del cui trascorrimento il conto potrebbe rendere, ne conseguirebbe poter così l'erede beneficiario, forse brevissimo tempo dopo l'apertura della successione, trovarsi liberato, senza pericolo per se stesso ed in grave detrimento de' creditori e de' legatarii, dalla osservanza delle regole che garantiscono i loro diritti.

Ma allora, dirassi, qual sarà il termine di questa situazione? ed in quale epoca l'erede beneficiario potrà finalmente disporre liberamente de' beni ereditarii, senza tema di rendersi erede puro e semplice? imprendiamo innanzi a rispondere a tal quistione (n. 475).

ARTICOLO II.

Degli effetti del beneficio dello inventario ne' rapporti de' creditori e de' legatarii gli uni riguardo agli altri.

SOMMARIO.

349. — Il beneficio dello inventario dà luogo, relativamente a' creditori del defunto ed a' legatarii, ad una situazione singolare, sotto alcuni rapporti, a quella del fallimento.
350. — Quali sono le conseguenze di questa specie di ammissione? — Art. 2146. — Osservazione.
351. — Continuazione. — Rimando.
352. — La cessione del credito fatta dal de cuius può forse validamente notificarsi dopo la morte del creditore quando la eredità sua venga accettata col beneficio dello inventario?
353. — Gli art. 552 a 556 C. com. sono forse applicabili al sistema del beneficio dello inventario?
354. — Quid circa l'art. 505 C. com.?

338. — L' accettazione col beneficio dello inventario rende forse esigibili i debiti passati non maturati?

339. — Osservazioni critiche.

340. — L'erede beneficiario non rappresenta i creditori né i legatarii tralasciando de' diritti proprii a ciascuno di essi verso gli altri.

341. — Ha forse qualità per opporre la validità delle iscrizioni di privilegi o ipoteche?

342. — Il beneficio dello inventario circo-
scrive a' beni della eredità il pegno in avveni-
re invariabile de' creditori del defunto e dei
legatarii: dal che discende la conseguenza,
qualora i beni sieno insufficienti a soddisfarli,
ciascun di essi dover soggiacere a perdita; e
tal è per lo più la verità del fatto, quando
la eredità venga accettata (almeno volonta-
riamente) col beneficio dello inventario.

Val dire l' accettazione col beneficio dello
inventario produce, relativamente a' creditori
del defunto ed a' legatarii, una situazione
pressappoco simigliante al fallimento, sotto
il rapporto che i beni, il cui prezzo debbesi
distribuire fra' creditori, presumonsi insuffi-
cienti.

Or, in queste specie di situazioni, il legis-
latore ha considerato in generale essere giu-
sto che ciascuno sopportasse la parte sua di
questa comune sventura.

Cooservatamente non ha permesso agli
uni procacciarsi cause di preferenza in detri-
mento degli altri: per contrario ha voluto che
i diritti di tutti venissero assodati, come se i
pagamenti avessero potuto immediatamente
farsi, ad obbietto d' impedire che i termini in-
separabili da' procedimenti per lo invertimen-
to in contante de' mobili e degl' immobili occa-
sionassero rivalità e frodi di ogni specie.

Fino a qual segno ha egli assimigliato io
tal senso la eredità accettata col beneficio
dello inventario al fallimento? Ovvero, in al-
tri termini, sino a qual segno ed in qual pro-
porzione i diritti rispettivi de' creditori della
eredità e de' legatarii, gli uni verso gli altri,
trovansi modificati con questa specie di accet-
tazione?

Tanto per lo appunto dobbiamo con preci-
sione fermare.

350. — L' articolo 2146 — 2040 contie-
ne all' obbietto una importantissima disposi-
zione:

« Le iscrizioni si fanno all' ufficio della
« coosservazione delle ipoteche nel cui cir-
« condario sono situati i beni sottoposti al pri-
« vilegio o all' ipoteca. Esse non producono
» alcun effetto, quando siano eseguite entro

« quel tempo in cui gli atti fatti prima del
« fallimento sono dichiarati nulli.

« Lo stesso ha luogo fra' creditori di una
« eredità, se la iscrizione non siasi fatta da
« uno di essi che dopo aperta la successione,
« e nel caso in cui l' eredità sia stata accet-
« tata col beneficio dell' inventario. »

Laonde è questo, tra il fallimento ed il be-
nefizio dello inventario, un caso di assimi-
lazione sommamente positivo: e la iscrizione
presa da uno de' creditori della eredità, dopo
l' apertura della successione, non può avere
effetto contro gli altri creditori.

È questa al certo una modificazione som-
mamente grave nel diritto del creditore verso
gli altri creditori: tanto più grave anche og-
gi in quanto che la legge del 1838 su' falli-
menti ha modificato, sotto questo rapporto,
l' antico Codice di commercio (confr. art. 443
e 448 — 435 e 440); inchè la severità del
legislatore è oggi maggiore in materia di
eredità accettata col beneficio dello inventa-
rio che in materia di fallimento!

Non converrebbe forse accordare a' cre-
ditori della eredità accettata col beneficio dello
inventario, come a' creditori del fallimento,
un certo termine nel corso del quale potes-
sero prendere iscrizione non ostante la mor-
te del loro debitore e l' accettazione col be-
nefizio dello inventario della sua eredità? (con-
fr. Tamhour, p. 299).

351. — Non è questo il luogo di esporre
una disposizione appartenente al titolo de' pri-
vilegii e delle ipoteche.

Ci basti osservare che l' art. 2146, il quale
dispone senza veruna distinzione, *pel caso in
cui la eredità venga accettata col beneficio
dello inventario*, è applicabile al caso in cui
l' accettazione col beneficio dello inventario
sia necessaria, come quando la eredità sia
spettata a minori ed interdetti, del pari che
al caso in cui sia volontaria (confr. decs. C.
di Tolosa 2 marzo 1826, Pournès. Sirey,
1826, II, 216; di Bordò 24 giugno 1826, Le-
tourneau, Sirey, 1826, II, 306; Persil, art.
2146, n. 43; Troplong, de Priv. ed ipot., I,
III, n. 659; ved. pure *supra*, n. 474.)

352. — La Corte di Montpellier statò non
emergere dall' art. 2146 la cessione di un cre-
dito fatta dal *de cuius* non potersi validamen-
te notificare dal cessionario al terzo ceduto
dopo la morte del cedente, anche quando la
eredità venisse accettata col beneficio dello
inventario (Decis. 3 mag. 1844, Anduze, Dev.,
1844, II, 522).

Di fatti questa disposizione dell' art. 2146 è speciale, ed eziandio, sotto alcuni rapporti, esorbitante: dunque non potrebbesi estendere per illazione.

353. — In generale tutti convengono nello ammettere essere applicabili in caso di eredità accettata col beneficio dello inventario gli art. 552 a 556 C. com. — 544 a 548, i quali determinano in caso di fallimento i diritti de' creditori ipotecari e privilegiati sugli immobili.

« Atteso, in diritto, dichiara la Corte di cassazione, che le disposizioni del Codice di commercio, cui appartengono, sono applicabili non solo al caso di fallimento, ma a tutti gli altri casi analoghi di eredità accettata col beneficio dello inventario, di cessione di beni, di decozione, in somma ad ogni altro caso in cui i rispettivi diritti de' creditori ipotecari e de' chirografari si trovino in concorrenza di attribuzione sul patrimonio di un comune debitore insufficiente a soddisfare tutti. » (Arresto 22 genn. 1840, Gaillard, Dev., 1840, I, 275.)

In vero tali disposizioni hanno essenzialmente per iscopo d'impedire che la sorte delle varie classi di creditori dipenda da circostanza affatto fortuita, e venga modificata secondo che il giudizio di ordine si faccia prima o dopo il contributo: or tal motivo offresi in tutti i casi in cui trattisi di ripartire, fra le diverse classi di creditori, il patrimonio di un debitore insolubile; e vi si debbono tanto più applicare conseguentemente le disposizioni degli art. 552 e seg. C. com., in quanto che tali disposizioni, altamente saggio ed eque, sono altresì sommamente unisono a veri principii del diritto (confr. Duranton, t. VII, n. 34 bis; Demante, t. III, n. 430; Fouquet, loc. supra cit., n. 433; Tambour, p. 355.)

354. — Abbiamo similmente divisato esser mestieri applicare, fra' creditori della eredità accettata col beneficio dello inventario, la disposizione dell' art. 503 C. com. — 495 (supra, n. 326).

355. — Ma debbesi forse sospingere più oltre ancora cotesta assimilazione della eredità accettata col beneficio dello inventario al fallimento?

E, per esempio, l'accettazione col beneficio dello inventario rende forse, al pari del fallimento, esigibili i debiti passivi non maturati? (Fed. art. 444 C. com. — 446.)

Montvallon così insegnava un tempo, segnatamente rispetto alle rendite perpetue; e

la ragione da lui addotta si era che « il giudizio riguardante la eredità accettata col beneficio dello inventario, in cui ciascun creditore ha diritto di farsi soddisfare, costituisce, egli diceva, un dissapamento di cotesta eredità... » (Cap. IV, art. 34, § 4).

A parer nostro siffatta dottrina riuscirebbe troppo assoluta; ed abbiamo già appalesato i motivi che ne inducono a dividere il beneficio dello inventario non produrro, all' obbietto, di necessità e sempre, lo stesso effetto del fallimento (supra, n. 168; confr. arresto C. cass. 27 mag. 1829, Foulonange, D., 1829, I, 363; Fouquet, Enciclop. del Dir., v. Benef. d' invent., n. 138).

356. — Del resto questo novello aspetto della subbietta materia, riguardante i rispettivi rapporti de' creditori della eredità gli uni riguardo agli altri, ci sembra offrire una prova di più della insufficienza, e, se lice affermarlo, della estrema imperfezione dello attuale ordinamento del beneficio dello inventario.

In vero rinvienasi mai molta armonia nelle disposizioni del nostro Codice su tal punto? ovvero piuttosto ci offrono in vece una patente contraddizione?

Come! da un lato il Codice statuisce che i creditori della eredità accettata col beneficio dello inventario non potranno, mercè iscrizioni prete dopo l'apertura della successione, procacciarsi cause di preferenza gli uni in detrimento degli altri;

E d'altro lato nel tempo stesso permette all'erede beneficiario soddisfare i creditori ed i legatari secondo che si presentino, qualora non vi sieno opposenti; senza costituire in mora nè avvertire preventivamente gli altri creditori, e forse anche prima di avere avuto il tempo di conoscere la morte del loro debitore! dalle quali cose consegua che i creditori più vicini, ovvero più lontani, se l'erede sia stato diligente ad averli, verranno soddisfatti prima di quelli i quali fossero su' luoghi e che l'erede non abbia voluto avvertire! viemaggiormente! l'erede beneficiario ha diritto di soddisfare se stesso immediatamente, prima di ogni altro! (supra, n. 309).

Torna manifesto essere qui discordanti le disposizioni della nostra legge ed essere andata troppo oltre da un lato o essersi troppo rattenuta dall' altro!

Ciò che sarebbe necessario, a parer nostro, si è che l'erede beneficiario, prima di poter fare alcun pagamento, fosse tenuto d' infor-

mare i creditori ed i legatarii mercè di affissi o avvisi iscritti ne' giornali, e che venisse accordato un certo termine, dopo tali avvisi, a' creditori ed a' legatarii per formare opposizione, prima del trascorrimento del qual termine l'eredità beneficiata non potrebbe soddisfare alcuno.

Si avrebbero potuto rinvenire nel nostro antico diritto gli elementi di siffatto ordinamento. Le consuetudini di Normandia (art. 97), di Bretagna (art. 515), di Lilla (XIV, art. 44), e segnatamente l'editto perpetuo del 1611 avevano saggiamente volto il pensiero al mantenimento della eguaglianza nella sorte de' creditori; ed avevano fermato all'obbietto taluni provvedimenti di pubblicità ed alcuni termini (confr. d'Argentré su l'art. 515 su riferito; Coquille, *Instituz. di Diritto franc., delle Successioni*.)

Ci sembra spiacevole non avere il nostro Codice tratto vantaggio da cotesti insegnamenti del passato (ved. cziandio *supra*, n. 231).

357. — Altronde dal fin qui esposto emerge che ciascuno de' creditori o de' legatarii può avere, verso gli altri creditori o legatarii, diritti a lui proprii; e la conseguenza si è, relativamente a tali diritti, l'eredità beneficiata non aver qualità per rappresentarli (confr. arresto C. cass. 22 ag. 1827, Beuquet, Sirey, 1828, I, 407; dec. C. di Bourges 12 genn. 1855, Beulé, D., 1855, II, 453; Fouquet, *Encicl. del Dir.*, v. *Benef. d'invent.*, n. 95).

357 bis. — Non pertanto ciò non vuol dinotare non poter egli oppugnare, nella sua qualità di erede beneficiato, la validità delle iscrizioni di privilegio ed ipoteca; dappoichè è incaricato di amministrare, e suo dovere si è vigilare, affinchè i pagamenti si facciano secondo i diritti di ciascuno (confr. dec. C. di Parigi 15 mag. 1828, Paris, D., 1829, II, 65).

ARTICOLO III.

Degli effetti del beneficio dello inventario ne' rapporti dell'eredità beneficiata co' suoi coeredi.

SOMMARIO.

358. — Il beneficio dello inventario non muta i rapporti reciproci degli eredi gli uni riguardo agli altri.

359. — L'obbligazione della collazione sussiste sempre tra essi.

360. — Le regole generali su la divisione de' debiti neppure trovano modificate.

358. — Nulla rinviensi di più semplice delle relazioni dell'eredità beneficiata co' suoi coeredi.

Queste relazioni, val dire i diritti e le obbligazioni de' coeredi gli uni riguardo agli altri, non trovansi menomamente modificate per effetto del beneficio dello inventario.

E poco monta che tutti gli eredi, abbiano accettato col beneficio dello inventario, o che gli uni abbiano accettato puramente e semplicemente, mentre gli altri abbiano accettato col beneficio dello inventario.

In vero l'accettazione col beneficio dello inventario produce effetti unicamente ne' rapporti dell'eredità beneficiata verso i creditori della eredità e verso i legatarii; ma non muta le relazioni reciproche de' coeredi tra essi.

È questa la regola (confr. Pothier, *Introd.* al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 56; Louët, lettera II, n. 13.)

359. — Laonde, a cagion di esempio, l'eredità beneficiata debbe la collazione a' suoi coeredi; del pari che gli è dovuta la collazione medesima (art. 843, 857 — 762, 776; confr. Pothier, *loc. supra*; Lebrun, lib. III, cap. IV, n. 25-33; Bourjon, *Dir. com.*, lib. III, tit. XVII, cap. XII, n. 51-52).

360. — Ed abbiamo osservato altresì che le regole generali intorno alla divisione dei debiti fra gli eredi non trovansi modificate per effetto del beneficio dello inventario (*supra*, n. 169).

§ 4.

In quali casi il beneficio dello inventario può cessare, sia mercè rinuncia dell'eredità, sia per sua decadenza.

SOMMARIO.

361. — Divisione.

362. — I. Il beneficio dello inventario può cessare per due cause.

363. — A. Può cessare primamente mercè rinuncia dell'eredità al suo beneficio.

364. — La rinuncia può essere espressa. — In quali casi?

365. — O tacita. — In quali casi?

366. — Continuazione.

367. — Continuazione.

368. — Continuazione.

369. — Continuazione. — Conclusione.

370. — B. La legge stabilisce sversivo l'eredità la decadenza dal beneficio dello inventario in due casi:

371. — 1° Della decadenza dal beneficio dello inventario per causa di sottrazione od occultamento. — Rimane.

372. — Quid, se l'eredità beneficiata non esibisce taluni effetti compresi nello inventario, senza dimostrare la loro perdita per caso fortuito?

373. — *Quid* circa i fraudolenti artifizii adoperati dall'erede per rendersi aggiudicatario a vil prezzo de' beni ereditarii?
374. — *A'* Della decadenza dal beneficio dello inventario per causa d'osservanza delle imposte formali.
375. — La decadenza stabilita con gli art. 988 e 989 C. pr. è forse assoluta ed inevitabile?
376. — Questa decadenza debbesi forse considerare come pena, di cui lo stesso erede non potrebbe prevalere?
377. — *Quid*, se i mobili e gli immobili simul venduti cumulativamente?
378. — Altronde basta che venga legalmente acquistata la prova della osservanza di tutte le formalità.
379. — La inosservanza delle formalità per la vendita de' mobili o de' immobili potrebbe far incorrere la decadenza dal beneficio dello inventario sol quando le formalità stesse si trovassero imposte per quella specie di beni venduti dall'erede. — Esempii.
380. — Quali sono gli altri atti da cui può ancora discendere la decadenza dal beneficio dello inventario?
381. — Continuazione. — Della donazione tra vivi o per testamento; della dazione in pagamento; dello stabilimento della eredità su gli immobili ereditarii.
382. — *Quid* rispetto alla costituzione d'ipoteca?
383. — Continuazione.
384. — *Quid* circa l'accettazione o la rinunzia alla eredità?
- Circa la divisione? — Circa la transazione? — Circa il compromesso fatto dall'erede beneficiario?
385. — *Quid*, se l'atto dell'erede non abbia arrecato uccisione o morte? — *Quid*, se siasi dichiarato nullo?
386. — *Quid*, se l'erede abbia consentito la vendita, senza osservanza di formalità, a condizione che la vendita sarebbe nulla, se si volesse far emergere contro di lui la decadenza dal beneficio dello inventario?
387. — Per massima le gravi colpe di amministrazione commesse dall'erede non producono contro di lui la decadenza dal beneficio dello inventario. — Modificazione.
388. — *Quid*, se l'erede beneficiario abbia garantito su' propri beni i creditori della eredità, o abbia contratto verso di essi una personale obbligazione?
389. — Il beneficio dello inventario è trasmissibile ereditariamente.
390. — Può formare altresì l'oggetto di cessione o trasferimento.
391. — Continuazione.
392. — Dell'acquisto fatto dall'erede beneficiario de' diritti ereditarii del suo coerede.
393. — Le varie cause di decadenza dal beneficio dello inventario non sono applicabili a' minori ed ag'interdetti.
394. — La decadenza dal beneficio dello inventario essere opposta da tutti gli interessati al venire l'erede beneficiario riguardato erede puro e semplice.
395. — II. Quali sono gli effetti della cessazione dal beneficio dello inventario?
396. — Continuazione.
397. — Le inserzioni fatte da co'ereditori della eredità possono forse in avvenire produrre effetto?
398. — E uopo forse applicare il principio della retroattività dell'accettazione pura e semplice alle cessioni fatte dall'erede beneficiario de' propri erediti avverso la eredità?

364. — Due punti ci rimangono a disaminare, cioè:

I. Come il beneficio dello inventario possa cessare;

II. Quali sieno gli effetti di questa cessazione.

362. — I. Il beneficio dello inventario può cessare per due cause:

A. Sia per la rinunzia dell'erede;

B. Sia per la sua decadenza, la quale essa medesima altronde poggia sopra presunzione di rinunzia.

363. — A. È regola già fermata l'erede beneficiario poter rinunziare al suo beneficio e dipartirsi da tal modo di accettazione (*supra*, n. 472; agg. Fouquet, *Enciclop. del Dir.*, v. *Benef. d'invent.*, n. 152).

364. — Tal rinunzia può essere espressa o tacita.

È espressa, quando l'erede dichiara, in un atto autentico o privato, il suo intendimento di rinunziare al beneficio dello inventario.

Anzi basterebbe che egli assumesse in un atto la qualità di erede puro e semplice, tranne quando le circostanze particolari del fatto annientassero la prova di rinunzia emergente da' termini medesimi (arg. dall'art. 778 — 695).

Ma non potrebbesi desumere veruna rinunzia dal fatto aver l'erede beneficiario assunto, in un atto qualsivoglia, la semplice qualità di erede, senza aggiugnervi il vocabolo *beneficiario*; dappoiché il vocabolo *erede*, senza altra qualificazione, dovrebbe allora intendere nel senso della qualità già acquistata dal successibile (confr. *supra*, n. 149; decis. C. di Parigi 8 genn. 1808, *Georgon*, *Sirey*, 1810, II, 501; 8 apr. 1826, *Sirey*, 1827, II, 79; di Rouen 5 dic. 1826, *Leclerc*, *Sirey*, 1827, II, 80; arresto C. cass. 20 apr. 1834, *Becq. D.* 1834, I, 462; di Aix 4 mag. 1844, *G. del F.*, 1843, I, p. 684; *Duranton*, t. VII, n. 54; *Zachariae*, *Aubry e Rau*, t. V, p. 465; *Duvergier* sopra *Toullier*, t. II, n. 360, nota a; *Fouquet*, *loc. cit.*, n. 454).

365. — La rinunzia è tacita (e questa ipotesi è al certo più frequente) quando la condotta tenuta dall'erede dimostri da parte sua lo intendimento di rinunziare al beneficio dello inventario e rendersi erede puro e semplice.

Salvo i due casi contemplati con gli art. 988 e 989 C. pr. — 1064 e 1065, relativamente alla inosservanza delle formalità stabilite per la vendita de' immobili e de' mobili,

il legislatore nostro non ha fermato su tal punto alcuna regola.

Si è detto il suo silenzio lasciare al magistrato in tali circostanze una notevole latitudine di valutazione (confr. arresto C. cass. 25 giugno 1828, Chastenay, Sirey, 1828, I. 427).

Ciò è ben vero sotto alcuni rapporti.

Ma è uopo soggiungere questa medesima latitudine rendero precisamente procaccia la questione in esame.

In vero qual sarà mai qui la regola da seguire?

366. — Si dirà forse ogni atto bastante a rendere erede puro e semplice il capace di succedere, il quale non avesse ancora assunto qualità, essere sufficiente a rendere erede puro e semplice l'erede il quale avesse anteriormente accettato la eredità col beneficio dell' inventario?

Ad evidenza ciò tornerebbe impossibile; e questa assimilazione mancherebbe di esattezza al più alto grado.

In vero il capace di succedere può fare gli atti di amministrazione meramente conservativi; e sino a quando non deliberi, la regola si è doversi astenere (ved. il tomo II, n. 413 e seg.).

Per contrario l'erede, il quale abbia accettato la eredità col beneficio dello inventario, reputasi debitamente erede e proprietario; ed al certo le facoltà sue sono ampie ben diversamente da quelle del capace di succedere nel corso de' termini per distendere inventario e deliberare! (Supra, n. 252).

367. — Allora forse si dirà che la rinunzia al beneficio dell' inventario emergerà almeno da ogni atto con cui l'erede beneficiato eccederà la facoltà della libera amministrazione a lui competente in questa qualità?

Questa altra tesi sarebbe del pari inaccettabile:

Sia perchè nessun testo ha attribuito a tali specie di atti questa presunzione di volontà e di rinunzia;

Sia perchè di fatti tal presunzione non sarebbe nemmeno unisona alla veracità del fatto ed allo intendimento più ordinario dell'erede;

Sia finalmente perchè sarebbe sommamente pericolosa, atteso la incertezza in cui lo stesso legislatore ha lasciato l'erede beneficiato circa l'ampiezza delle sue facoltà (supra, n. 251 e seg.).

L'erede beneficiato, il quale avesse fatto un atto irregolare ed ecceduto le sue facoltà, potrebbe venire indubitabilmente condannato a ristoro di danni-interessi verso i creditori della eredità ed i legatarii, se avesse loro cagionato nocumento; ma non potrebbe fermare per massima ogni atto eccedente le sue facoltà equivalente da parte sua ad una rinunzia al beneficio dell' inventario.

Laonde la irregolarità dello inventario non sarebbe di per sé necessariamente una causa di decadenza (confr. supra, n. 143; decis. C. di Pau 5 marzo 1833, Foncado, D. 1833. II. 208; Fouquet, loc. supra cit., n. 167-168; ved. nondimeno Merlin, Rep. v. *Benef. d' invent.*, n. 6; Toullier, t. II, n. 363; Chabot, art. 794, n. 2).

369. — Con maggior ragione tornerebbe impossibile lo inferire tal rinunzia da un atto irregolare o da colpa di amministrazione, nei casi in cui la legge stessa attribuisca a questa irregolarità o colpa una speciale conseguenza, la quale non sia la decadenza dal beneficio dello inventario; avvegnachè è manifesto non potervisi allora aggiugnere tal decadenza senza mutare la stessa legge e senza renderla più grave in detrimento dell'erede.

Laonde l'erede beneficiato non può venir dichiarato erede puro e semplice:

1° Quando non presti cauzione dietro domanda de' creditori e de' legatarii (art. 807—726; supra, n. 248; Fouquet, loc. supra cit., n. 494);

2° Quando trovisi costituito in mora ad esibire il conto (art. 803—720; supra, n. 330; Tambour, p. 402);

3° Nè da ultimo più generalmente per l'unico motivo di aver commesso, nella sua amministrazione, una colpa grave (articolo 804—724; confr. Duranton, t. VII, num. 37; Fouquet, loc. supra cit., n. 453; infra, n. 387.)

369. — Dalla conclusione del fin qui esposto discende dunque finalmente la regola, che la rinunzia dell'erede beneficiato risulta unicamente:

1° Dagli atti cui la stessa legge ha attribuito espressamente tal presunzione di volontà denominata decadenza;

2° Dagli altri atti, i quali, comunque non contemplati espressamente dalla legge, hanno con quelli, da essa contemplati, tanta affinità che la ragione comanda venirvi assimilati su questo punto (confr. Tambour, p.

gina 389; Fouquet, *loc. sup. cit.*, numero 458).

370. — B. La legge stabilisce contro l'erede la decadenza dal beneficio dell'inventario in due casi:

1° Nel caso contemplato con l'art. 804 — 718, per causa di occultamento od omissione fraudolenta nello inventario degli effetti della eredità;

2° Nel caso contemplato con gli art. 988 e 989 C. pr. — 1064 e 1065, per causa d' inosservanza delle formalità stabilite per la vendita degli immobili o dei mobili della eredità.

371. — 1° Noi già ragionammo intorno al primo caso di decadenza contemplato con gli articoli 792 ed 801 — 709 e 718; e basta rimetterci a' chiarimenti da noi dati su tal punto (*ved. il tomo II, numero 469 e seg.*).

372. — Abbiamo divisato non esservi luogo a distinguere, all'obbietto, se la sottrazione o l'occultamento si fosse commesso prima o dopo formato lo inventario (*ved. il tomo II, n. 490*).

Forse è mestieri inferirne l'erede beneficiario dover essere dichiarato erede puro e semplice per l'unico motivo di non esibire taluni effetti compresi nello inventario, senza dimostrarne la perdita per caso fortuito?

E questa la illazione desunta da Toullier (t. II, n. 375) o da Fouquet (*loc. supra cit.*, n. 159 bis), i quali insegnano l'erede beneficiario dover allora venir riguardato come se avesse venduto, senza osservanza di formalità, i mobili da lui non esibiti (*arg. dagli articoli 988 e 989 C. pr.*).

Cotesto motivo, il quale sembra a primo aspetto plausibilissimo, non sarebbe nulladimeno decisivo; dappoichè gli oggetti non esibiti possono essere stati semplicemente smarriti per negligenza dell'erede: quindi lo stesso Toullier aggiunge la decadenza in tal caso poter dipendere dalle circostanze.

Dunque, a parer nostro, la più sicura soluzione sarebbe quella la quale, quante volte la frode non venisse provata, renderebbe soltanto l'erede beneficiario responsabile del valore degli oggetti da lui non esibiti, e soggetto eziandio al risarcimento dei danni-interessi, se vi fosse luogo (*confr. Tambour, pagina 357*).

373. — I fraudolenti rigiri adoperati dallo erede per rendersi aggiudicatario a vil prezzo

dei beni ereditari non potrebbero altronde venire assimigliati all'occultamento o alla sottrazione contemplati con l'art. 804: indubitabilmente rinvii in ciò un dolo; e l'erede debbe al certo la riparazione del nocumento emerso; ma nulla permette pronunziare contro di lui per tal fatto la decadenza dal beneficio dell'inventario (*confr. arresto C. cass. 20 ag. 1845, Demay, Dev., 1845, I, 854*).

374. — 2° Il Codice Napoleone, unisono su questo punto all'antico dritto, non stabiliva veruna decadenza avverso l'erede beneficiario, per la inosservanza delle formalità impostogli (*confr. decis. C. di Metz 5 ag. 1819, Wendel, Sirey, 1821, II, 7*).

Il Codice di procedura fu il primo a stabilire questa causa di decadenza, dichiarando con l'art. 988 — 1064 che:

« L'erede beneficiario sarà considerato erede puro e semplice, se avrà venduto qualunque immobile, senza osservare le regole stabilite nel titolo presente. »

E con l'art. 989 — 1065 che:

« Se occorrerà la vendita de' mobili e delle rendite appartenenti alla eredità, dovrà questa eseguirsi nelle forme stabilite per la vendita di questa sorte di beni, sotto pena, contro l'erede beneficiario, di esser considerato puro e semplice erede. »

375. — La decadenza stabilita coi su riferiti articoli è forse assoluta ed inevitabile?

Ovvero per contrario dipende forse dalle circostanze, la cui prudenziale valutazione apparterebbe a' magistrati?

Tre opinioni possono veoir messe in campo su tal punto:

A. I propugnatori della prima insegnano esservi sempre luogo, per gl'immobili come pe' mobili, ad esaminare se la vendita fatta senza osservanza di formalità sia stata o pur no nociva a' creditori ed a' legatari. e, se sia stata vantaggiosa, l'erede non dover essere dichiarato decaduto dal suo beneficio (*confr. arresto C. cass. 27 dic. 1820, Daubusson, Sirey, 1821, I, 385; decis. C. di Rouen 30 ag. 1828, Rouet, Sirey, 1830, II, 127; Bihard, n. 127; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 373, nota a; Zachariae, Massé e Vergé, t. II, p. 349*).

B. Per contrario i propugnatori della seconda opinione sostengono non esservi mai luogo, sì per gl'immobili che pe' mobili, a distinguere se la inosservanza delle formalità abbia arrecato o pur no nocumento, e la de-

cadenza doversi pronunziare in tutti i casi; sia in conformità del testo medesimo, il quale non distingue; sia in conformità del motivo del testo, il quale poggia sopra una presunzione di accettazione pura e semplice da parte dell'erede beneficiario, quando non abbia osservato le imposte formalità (confr. Aubry e Rau sopra Zachariae; t. V, p. 165; Tambour, p. 394).

C. Da ultimo, a credere de' propugnatori della terza opinione, evvi luogo a distinguere la vendita degl'immobili da quella de' mobili: la inosservanza delle formalità imposte per la vendita degl'immobili trae seco necessariamente la decadenza dal beneficio dello inventario, mentre compete al magistrato il non pronunziarla, secondo le circostanze, per la inosservanza delle formalità della vendita de' mobili.

Rispetto a noi, incliniamo a seguitare tale intermedia opinione, la quale può venire giustificata: primamente per la differenza di compilazione degli art. 988 e 989, il primo de' quali è molto più imperativo del secondo; ed in secondo luogo pel motivo il legislatore aver potuto ragionevolmente dividere la vendita de' mobili senza osservanza di formalità potere effettivamente, secondo le circostanze, considerarsi quale atto di buona amministrazione (arg. dall'art. 1449—1453; confr. Demante, t. III, n. 428 bis, V, e 428 bis, VI; supra, n. 277-278).

376. — È noto che, in conformità dell'attuale giurisprudenza, la decadenza stabilita con gli art. 988 e 989 — 944 e 945 sarebbe una pena avverso l'erede, il quale conseguentemente non potrebbe prevalersene, e la quale potrebbesi invocare contro di lui unicamente da' creditori della eredità, e da' legatari.

Abbiamo già istuito che l'erede beneficiario potendo sempre, quando gli sembri opportuno, rinunciare al beneficio dello inventario, tale interpretazione degli articoli in esame trovavasi, a parer nostro, priva di ogni importanza (supra, n. 472).

Se nell'art. 989 trovasi adoperato il vocabolo *pena*, e se noi medesimi adoperiamo i vocaboli *pena* e *decadenza*, la ragione si è che il legislatore suppone qui che l'erede pretenda non avere avuto lo intendimento di rinunciare, e suo malgrado venire, dietro domanda de' creditori e legatari, dichiarato erede puro e semplice.

Ma il vero si è questa pretesa *pena*, eziandio in tal caso, costituire una mera presunzione.

zione desunta dalla legge, dalla volontà che essa suppone di pieno diritto nello stesso erede di rinunziare al beneficio dello inventario.

377. — Con sommo fondamento, a parer nostro, si è statuito che, quando i mobili siensi cumulativamente venduti con gl'immobili, e le formalità imposte per le vendite d'immobili siensi osservate per l'una e l'altra specie di beni, non vi è luogo a pronunziare contro l'erede la decadenza dal beneficio dello inventario; dappoiché se le formalità stabilite per la vendita de' mobili non siensi allora osservate, la ragione si è esservi surrogata da più efficaci formalità! (Confr. arresto C. cass. 20 ag. 1845, Demay, Dev., 1845, I, 854).

378. — Altronde basta raggiungere legalmente la prova della osservanza di tutte le formalità; e, per esempio, l'erede il quale abbia fatto procedere alla vendita de' mobili, non dovrebbe venir dichiarato decaduto dal beneficio dello inventario, qualora non esibisca il processo verbale comprovante l'opposizione degli affissi, mentre il processo verbale di vendita, disteso dal notaio, comprovi essersi apposti gli affissi medesimi (confr. arresto C. cass. 6 genn. 1845, Anny, Dev., 1845, I, 269).

379. — La inosservanza delle formalità stabilite, sia per la vendita degl'immobili, sia per la vendita de' mobili, potrebbe però far incorrere all'erede la decadenza dal beneficio dello inventario, sol quando le medesime formalità fossero imposte, sia per quegli immobili, sia per quei mobili da lui venduti senza osservanza di formalità.

Dunque l'erede non dovrebbe incorrere veruna decadenza, per aver venduto, senza osservare talune formalità, determinati immobili o mobili, la cui vendita non andava di fatti sottoposta a veruna formalità.

Tal proposizione si applica:

1° Alla vendita degl'immobili dotati, fatta dall'erede beneficiario della moglie, almeno riguardo a' creditori posteriori al matrimonio di questa ultima; dappoiché i beni dotati non sono il pegno de' creditori medesimi (confr. il tomo II, n. 517; decis. C. di Caen 24 dicem. 1839, Bette, Dev., 1840, II, 132; Tambour, p. 392; ved. nondimeno in senso opposto arresto C. cass. 28 giugno 1826, de Bellecôte, Sirey, 1827, I, 379, e Fouquet loc. supra cit., n° 174);

2° A tutti i beni mobili, come crediti sopra privati, un ufficio ministeriale, uno stabili-

mento commerciale, ec., per la cui vendita ravvisammo innanti la legge non avere stabilito alcuna formalità (supra, n. 263).

380. — Tali sono i due soli atti cui la legge abbia espressamente rattodato la decadenza dal beneficio dello inventario, cioè la vendita degli immobili e quella de' mobili senza osservare le imposte formalità (supra, numero 374).

Ci rimane ora ad investigare quali sieno gli altri atti, da cui la decadenza medesima debbe ancora emergere.

In vero sarebbe malagevole il pretendere che i due casi espressi dalla legge sieno limitativi, e che essa stabilisca una pena da non doversi estendere.

Non è questa, come già osservammo, effettivamente una pena, ma piuttosto una presunzione fondata su la volontà probabile dell'erede di rinunziare al beneficio dello inventario: or taluni atti dimostrano questa volontà in modo molto più ineoncusso ancora; talchè sarebbe manifesta contraddizione il non desumerne la stessa conseguenza.

Ma quali saranno tali atti?

È questo precisamente il punto malagevole a risolvere.

Si è scritto che « in generale ogni atto di disposizione che l'erede beneficiario abbia potuto fare solo come proprietario libero ed erede puro e semplice, trae seco da parte sua tacita rinunzia al beneficio dello inventario. » (Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 161).

Tale sembra essere altresì la dottrina di Demante, il quale avvisa che: « la conseguenza espressa dalla legge stessa, pel caso di vendite fatte senza osservanza di forme legali, debba naturalmente applicarsi a tutti gli atti di natura tale da costituire, in conformità dell'art. 778—695, una pura e semplice accettazione. » (T. III, n. 126 bis, II.)

Ma cotesta formola sarebbe, a parer nostro, troppo ampia; dappoichè è noto quanto le facoltà dell'erede beneficiario sieno indeterminate: ed avvisiamo essere molto pericoloso lo stabilire una regola cotanto assoluta.

Quindi lo stesso Demante dichiara che non intende di fatti applicare tal regola in modo assoluto; e soggiugne che « se non si avvisi uniformato, potrebbe, secondo le circostanze, o scorgere, in ciò che si è praticato, un atto di erede, o semplicemente una colpa, di cui l'erede dovrebbe essere responsabile, o finalmente un atto di saggia amministrazione, il quale non porrebbe a repentaglio la sua

qualità e non trarrebbe seco veruna responsabilità. » (Loc. supra cit.)

Ma allora la regola non diviene forse incerta ed arbitraria?

A parer nostro potrebbe viemaggiormente precisare, sostenendo che la decadenza dal beneficio dello inventario potrà risultare da un atto di disposizione, il quale supporrà di necessità, da parte dell'erede beneficiario, lo intendimento di divenire erede puro e semplice; e che, per sopporre tale intendimento, coavverrà che l'atto non abbia potuto farsi da lui nella sua qualità di amministratore e nello interesse della eredità.

381. — La disposizione a titolo gratuito, tra vivi o per testamento; la dazione in pagamento di un oggetto della eredità; lo stabilimento di una servitù sopra un immobile ereditario sono, per esempio, atti di disposizione, totale o parziale, i quali non possono menomamente essersi fatti dall'erede beneficiario in questa qualità (supra, n. 269-270).

382. — Ciren la costituzione d'ipoteca, controversa è la questione.

Non pertanto la più generale opinione si è non trar seco decadenza dal beneficio dello inventario.

Ragionasi nel seguente modo:

Un atto di libera disposizione, fatto dall'erede su' beni della eredità, può trar seco contro di lui tal decadenza sol quando l'atto medesimo sia susseguito di nuocere a' creditori della eredità o a' legatari; dappoichè, se rimane inefficace e non avvenuto a loro riguardo, torna manifesto non potersene dolere.

Or precisamente l'ipoteca costituita dall'erede non può nuocer loro: ciò torna indubitato, se ammettasi che il beneficio dello inventario produce di pieno diritto la separazione de' patrimoni a pro de' creditori della eredità e de' legatari; e se venga eliminata tal dottrina, per altro motivo dovrà dirsi lo stesso, cioè essersi la ipoteca consentita dall'erede a condizione di avere effetto sol quando la cosa rimanesse libera presso di lui dupo soddisfatti i creditori del defunto ed i legatari (confr. decis. C. di Parigi 8 apr. 1826, Delahoussaye, D., 4827, II, 68; di Agea 29 marzo 1838, G. del F., 4840, t. II, p. 319; arresio C. cass. 49 feb. 1839, Denney, Dev., 1840, I, 92; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 163. Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 360, nota a).

In vero ben comprendiamo cotesta soluzione nel sistema, il quale ammette il bene-

fizio dello inventario produrre di pieno diritto la separazione dei patrimoni; e sarebbe ancora oppugnabile, eziandio in questo sistema, se non si ponesse allora di accordo la separazione dei patrimoni col diritto di agire su beni ipotecati in mano di chiunque passino (Confr. *supra*, n. 172; e Tambour, pag. 398, 399).

Ma, nella dottrina sembrataci meglio fondata, ed in conformità della quale nulla osta all'erede di rinunciare, verso e contro tutti, al beneficio dello inventario, è mai vero la costituzione d'ipoteca non produrre da parte sua cotesta rinunzia? debbasi presumere, dicesti, averla consentita a condizione che lo immobile rimanesse libero presso di lui; ma supponiamo per contrario però esser pura e semplice la costituzione d'ipoteca; e ci sembra malagevole lo attribuirle, in detrimento del terzo, che l'abbia così stipulata, una condizione in essa non racchiusa (Confr. *decis.* C. di Rouen 5 dic. 1826, Leclerc, D., 4827, II, 69; di Bordò 24 lug. 1830, de Vassan, Dev., 1831, II, 490; Toulhier, t. II, n. 360; Delvincourt, t. II, p. 32, nota 7; Zachariae, Massé e Vergé, t. II, p. 330; Fouquet, *loc. supra cit.*, n. 180, 181).

383. — Vazeille fa all'obbietto una distinzione; e, affermando la costituzione d'ipoteca consentita dall'erede a pro del suo particolare creditore produrre decadenza dal beneficio dello inventario, manifesta opposto diviamento, quando la ipoteca siasi consentita dall'erede a pro di un creditore della eredità: il motivo da lui addotto si è che, in conformità dell'art. 2146 — 2010, la iscrizione su beni della eredità accettata col beneficio dello inventario rimane priva di effetto fra' creditori della eredità (su l'art. 806, n. 2).

Ma è ciò, a parer nostro, risolvere la questione per la questione: l'art. 2146 si applica sol quando l'erede conservi la sua qualità di erede beneficiato: or ciò che pretendiamo si è averla egli perduta consentendo ipoteca sui beni della eredità: dunque allora non essendo più la eredità accettata col beneficio dello inventario, l'art. 2146 addiviene inapplicabile (*infra*, n. 397).

384. — Relativamente alla questione se la decadenza dal beneficio dello inventario debba emergere dall'accettazione o dalla rinunzia alla eredità, da divisione, transazione, compromesso, ec., fatti dall'erede, dobbiamo rimetterci a' chiarimenti da noi dati innanzi (n. 261 e seg.).

385. — Del resto, quando l'atto di natura tale da produrre la decadenza dal beneficio dello inventario siasi fatto dall'erede, nulla monta che l'atto medesimo sia o pur no nocivo a' creditori, nè che dappoi sia stato dichiarato nullo. La decadenza rimane sempre incorsa, a prescindere da tali circostanze, per l'unico motivo aver fatto l'erede un atto rivestito, al cospetto della legge, di questo carattere ed effetto (confr. il tomo II, n. 465; *decis.* C. di Caen 16 lug. 1834, Chesnel, D., 1835, II, 480; Zachariae, Aubry e Rau, tom. V, p. 165; Fouquet, *loc. supra cit.*, n. 175 e 178).

386. — Si è giudicato la vendita fatta dall'erede, senza osservanza di formalità, di un immobile della eredità, non produrre la decadenza dal beneficio dello inventario, nel caso in cui avesse fatto tal vendita a condizione che sarebbe nulla, se dovesse contro di lui trar seco decadenza (confr. *arresto* C. cass. 26 giugno 1828, Chastanay, D., 1828, I, 300).

Tal dottrina potrebbe sembrare oppugnabile (*vedi* il tomo II, n. 464).

E non pertanto inclineremmo ad ammetterla rispetto all'erede beneficiato, pel motivo segnatamente amministrare egli nel maggiore interesse della stessa eredità, e poter la vendita da lui fatta senza osservanza di formalità tornare eminentemente vantaggiosa (confr. Fouquet, *loc. supra cit.*, n. 177).

387. — Affermammo che per massima le colpe gravi, commesse dall'erede, nella sua amministrazione, non producevano contro di lui la decadenza dal beneficio dello inventario (*supra*, n. 368).

Labonde, per esempio, i pagamenti da lui fatti in pregiudizio delle opposizioni il renderebbero soltanto responsabile verso gli opposenti (*supra*, n. 304).

Nulladimeno Zachariae insegna l'erede beneficiato doversi dichiarare erede puro e semplice e quando abbia gravemente mancato alle obbligazioni impostegli in questa qualità, 2 (Massé e Vergé, t. II, p. 313).

Cotesta formola ci pare troppo vaga; e però avvisiamo la regola da noi stabilita essere più sicura.

Se non che, se gli atti commessi dall'erede fossero di tanta gravità da non potersi neppure considerare come colpe di amministrazione di un erede beneficiato, il quale veglia non pertanto sempre conservare la sua qualità, ma piuttosto come atti di disposizione assoluta di un erede, il quale intenda dire-

nire erede puro e semplice, vi sarebbe luogo di fatti a dichiararlo tale. Così porrebbesi statuere riguardo all'erede beneficiario il quale demolisse gli edifici, facesse procedere a taglio di selve cedue innanzi del tempo stabilito, ecc. (confr. decis. C. di Caen 21 dic. 1839; Bette, Dev., 4810, II, 432; supra, n. 237).

388. — Altronde lo indubitato si è che l'erede non potrebbe venir dichiarato decaduto dal beneficio dello inventario per aver dato garanzia su propri beni a' ereditori della eredità, ovvero contratto verso di essi una personale obbligazione; avvegnachè è manifesto in ciò non eccedere le facoltà sue su gli stessi beni della eredità, disponendo de' propri beni: e può agire così per affrettare ed agevolare la liquidazione.

« Considerando, dichiara con sommo fondamento la Corte di Rennes, che se l'erede beneficiario ha il privilegio di essere obbligato sino alla concorrenza del valore de' beni ereditari, non gli è inibito obbligarsi oltre il valore medesimo; che, senza porre a repentaglio la qualità sua, può anzi personalmente garantire un atto di sua amministrazione, fare anticipazioni ed obbligarsi per la eredità; che così rafferma il beneficio dello inventario senza scuoterlo. » (Decis. 19 dic. 1835, de Bray, Dev., 4837, II, 176; agg. decis. C. di Parigi 3 feb. 1842, Dev., e Carr., Collez. nuova, 4, II, 33.)

389. — Il beneficio dello inventario non è menomamente personale allo stesso erede; e trasmettesi dopo la morte sua a tutti i suoi eredi o successori, a patto però di osservarlo costoro medesimi le condizioni, se non vogliono esser tenuti *ultra vires* (art. 724 — 645; confr. Lebrun, lib. III, cap. IV, n. 70; Pothier, Introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 54; Zachariac, Aubry e Rau, tom. V, p. 206).

390. — Neppure nulla impedisce che il beneficio dello inventario formi l'oggetto di una cessione: talchè da un lato l'erede beneficiario, col fare la cessione medesima, non diviene puro e semplice erede, e d'altro lato il cessionario viene surrogato ne' suoi diritti ed obbligazioni di erede beneficiario.

Supponiamo però che le condizioni del beneficio dello inventario siensi osservate, val dire che l'erede abbia fatto in cancelleria la sua dichiarazione e che siasi disteso inventario, sia ad istanza sua, sia ad istanza del cessionario (confr. decis. C. di Parigi 9 genn. 1806, Lavienville, Sirey, 1806, II, 244).

Ma quando tali condizioni siensi osservate, il beneficio dello inventario al certo può venir ceduto: e con molta ragione Ferrière, nel nostro antico diritto, oppugnò la opposta dottrina di un giudicato del 14 febbrajo 1598 (Gloss., II, n. 20, su l'art. 342 della cons. di Parigi.)

È ben vero che, in conformità dell'art. 780 — 697, la cessione fatta da uno de' coeredi pe' suoi diritti ereditari trae seco da parte sua pura e semplice accettazione; ma ben diverso è il caso in esame! Trattasi qui di un erede, il quale abbia accettato col beneficio dello inventario, non dimandi rinunziare, e la cui sola pretensione si è poter disporre del suo diritto ereditario tal quale ha inteso acquistarlo. Nè anche converrebbe obiettare l'erede beneficiario essere un mandatario privo di facoltà di farsi surrogare da qualcuno (arg. dall'art. 1994 — 1806); abbiamo già dimostrato quanto tale idea di mandato fosse qui poco rigorosa ed esser mestieri non attenersi strettamente! (Supra, n. 228).

Dunque non solo l'erede beneficiario non incorrerebbe veruna decadenza (la qual cosa ei sembra evidente), se alienasse i suoi diritti ereditari nella sua qualità di erede beneficiario, o dichiarando nel contratto intendere alienare i suoi diritti tali quali emergono per lui dalla sua dichiarazione in cancelleria e dallo inventario disteso da lui o da farsi ulteriormente dal cessionario ne' termini di diritto;

Ma è uopo altresì, a ereder nostro, ammettere tal soluzione in tutti i casi ed anche quando l'erede non si avesse riservato il beneficio dello inventario nè aggiunto, nel contratto di vendita, la qualità sua di beneficiario a quella di erede.

Ad onta delle divergenti opinioni cui questa ultima ipotesi ha dato luogo (confr. decis. C. di Amiens 2 mag. 1806, Daniel, Sirey, 1806, II, 472; Bilbord, n. 434), avvisiamo la riserva del beneficio dello inventario doversi sempre sottintendere da parte dell'erede beneficiario il quale ceda i suoi diritti; avvegnachè le rinunzie non si presunono; e la parte reputasi sempre agire nella qualità da lei assunta ed a lei competente (confr. supra, n. 364; decis. C. di Grenoble 24 marzo 1837; Chaffois, D., 4828, II, 60; Pothier, Introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 50; Merlin, *Quist. di Dir.*, v. *Erede*, § 2; Duranton, t. VII, n. 54; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 360, nota a; Demante, t. III, n. 426

bis; Fouquet, *loc. supra cit.*, n. 487-489.)

394. — Del resto i creditori della eredità ed i legatari non debbono seriamente temere i risultamenti di tal cessione; dappoiché l'erede beneficiario rimane sempre verso di essi responsabile de' fatti del cessionario a lui surrogato (arg. dall'art. 864 — 783), senza pregiudizio della loro personale azione avversa allo stesso cessionario, il quale trasgredisce le condizioni del beneficio dello inventario da lui acquistato (confr. Duranton, t. VII, n. 44; Tambour, p. 396; ved. nondimeno Bèllet-Jolimont sopra Chabot, art. 780.)

392. — Similmente, in senso inverso, l'erede beneficiario non incorrerebbe veruna decadenza; dappoiché diverrebbe cessionario de' diritti ereditari di uno de' suoi coeredi, anche quando il suo cedente avesse puramente e semplicemente accettato: se non che allora si rinverrebbero in lui due distinte qualità e due diversi titoli (confr. decis. C. di Rennes 2 marzo 1820, Dev. e Car., *Collez. nuova*, 6. II, 248).

E con maggior ragione ancora, in questo caso, dovrebbe statuire la cessione che esso medesimo facesse doppiò de' diritti ereditari da lui acquistati non renderlo puro e semplice erede.

393. — Abbiamo già osservato le varie cause di decadenza dal beneficio dello inventario non essere, a parer nostro, applicabili a' minori ed agli interdetti (ved. il tomo II, n. 336, 337 e 472, e *supra*, n. 433).

394. — La decadenza dal beneficio dello inventario può venire opposta da tutti coloro i quali abbiano interesse al venire l'erede beneficiario considerato puro e semplice erede.

Tale ci sembra essere la regola.

L'applicazione di questa regola non potrebbe andar incontro a difficoltà relativamente a' creditori del defunto, a' legatari, a' tutti coloro in somma i cui diritti avverso la eredità trovansi, per effetto dell'accettazione col beneficio dello inventario, limitati a' soli beni che vi si rinvenivano.

Ma puossi seriamente dubitare se i creditori particolari dell'erede possono dimandare contro di lui la decadenza dal beneficio dello inventario.

In vero Fouquet insegna esser dessi all'obbietto privi di qualità: « Primieramente l'atto, che può darvi luogo, non è stato fatto in loro detrimento: in secondo luogo i loro titoli non sono esecutivi avverso la eredità; e ben lungi dallo avere interesse che i beni

della eredità sieno confusi con quelli del loro debitore, hanno piuttosto un contrario interesse; dappoiché i creditori della eredità verrebbero sempre soddisfatti prima di essi sui beni che la compongono, se la eredità abbia consistenza, e, qualora non abbia consistenza, concorrerebbero con essi su' beni particolari dell'erede: dunque è sempre loro interesse che il debitore conservi la qualità di erede beneficiario: » (*Enciclop. del Diritto*, v. *Benef. d'invent.*, n. 433).

Indubitabilmente per lo più i creditori particolari dell'erede non avranno interesse a dimandare la sua decadenza; ed in vero allora la questione non avrà luogo.

Ma è mai ben fondato in diritto in affermare non avervi egli giammai interesse? Quel dotto magistrato, per inseguire cotesta tesi, adduce il motivo che i creditori della eredità verrebbero sempre soddisfatti prima di essi su' beni che la compongono. Eh! per qual ragione adunque? Forse al contrario, per effetto stesso della decadenza, i beni della eredità ed i beni dell'erede non formerebbero in avvenire un solo patrimonio, il quale costituirebbe il pegno comune de' creditori della eredità e de' creditori dell'erede divenuti tutti creditori di un solo e medesimo debitore? (*Infra*, n. 396). Dunque ci pare indubitato che i creditori particolari dell'erede, se la eredità abbia consistenza, possono avere interesse a dedurre la decadenza dal beneficio dello inventario. Ma avranno essi qualità? no, dicesi; dappoiché l'atto che può darvi luogo non si è praticato in loro detrimento, ed i loro titoli non sono esecutivi avverso la eredità. Primieramente ci sembra poco importante che i loro titoli non sieno esecutivi avverso la eredità; dappoiché sono esecutivi avverso l'erede cui appartengono i beni della eredità. Circa il motivo desunto dal non essersi fatto da lui può emergere la decadenza praticato in loro detrimento, può sembrare più grave: la decadenza, potrebbesi affermare, è una pena inflitta, sia per l'occultamento, sia per la inosservanza delle formalità imposte per la vendita de' beni: or tal pena viene inflitta all'erede nel solo interesse de' creditori della eredità e de' legatari.

Ma già osservammo essere tal decadenza in ultima analisi più o meno fondata su la presunta volontà dell'erede di allontanarsi dal beneficio dello inventario, e costituire in tutti i casi un fatto assoluto, di cui dovevasi permettere a tutti gl'interessati opporre all'erede lo conse-

guenze dalla stessa legge rannodatevi (confr. decis. C. di Caen 16 lug. 1834, Chesnel-Larossière, D., 1835, II, 480.)

395. — Il. Ora quali sono mai gli effetti della cessazione dal beneficio dell'inventario, sia mercè la rinunzia dell'erede, sia mercè la sua decadenza?

La regola all'obbietto ci sembra agevole formare:

Lo effetto della pura e semplice accettazione risale al giorno dell'apertura della successione (art. 777 — 694);

Or, appena cessato di sussistere il beneficio dell'inventario, l'erede beneficiario reputasi avere puramente e semplicemente accettato;

Dunque reputasi essere stato erede puro e semplice sin dal giorno dell'apertura della successione, *ut ex tunc*.

E tanto suppongono gli art. 988 e 989 C. pr. — 1064 e 1065, i quali dichiarano non già che l'erede beneficiario diviene erede puro e semplice, ma che reputasi tale.

In vero non potrebbero esservi, nella stessa eredità e per lo stesso erede, due specie di accettazione, cioè l'una col beneficio d'inventario temporaneo, l'altra pura e semplice, la quale succederebbero *ut ex tunc* alla prima. Può esservi soltanto o l'una o l'altra! e l'ostacolo che l'erede beneficiario reputasi in avvenire erede puro e semplice, è mestieri applicare la retroattività, la quale è il principio generale nella subbietta materia per l'accettazione come per la rinunzia (art. 777 e 785 — 694 e 702; ved. il tomo II, n. 506; Demante, t. III, n. 425 bis, 1).

396. — Una volta formato il principio, le conseguenze ne discendono di per sé; e quindi vi è luogo ad applicare gli effetti dell'accettazione pura e semplice.

Laonde i creditori del defunto divengono creditori particolari dell'erede: del pari che i creditori particolari dell'erede possono far pignorare e vendere i beni della eredità, senza potere i creditori del defunto dimandare alcuna preferenza, se non sieno stati diligenti a dimandare la separazione de' patrimoni e la iscrizione in tempo utile su gl'immobili della eredità.

Dobbiamo qui rimetterci a chiarimenti onde crediamo aver dimostrato il beneficio dello inventario non produrre di pieno diritto, a pro de' creditori del defunto e de' legatarii, il beneficio della separazione de' patrimoni (supra, n. 172 e s. g.)

397. — Di conseguenza altresì le inseri-

zioni prese da creditori della eredità dopo l'apertura della successione debbono produrre il loro effetto.

Imperocchè da un lato l'art. 2446 — 2040 non le dichiara nulle: le rende semplicemente inefficaci, in certa guisa, finchè perdeva il sistema della eredità accettata col beneficio dello inventario.

E d'altro lato il motivo su cui poggia l'art. medesimo, cioè che il pegno comune de' creditori ereditarii non era più in avvenire suscettivo di estensione, ed i diritti di tutti e di ciascuno trovavansi stabiliti, non sussiste più dal momento in cui l'erede beneficiario è per contrario in avvenire un erede puro e semplice (confr. decis. C. di Caen 16 luglio 1834, Chesnel-Larossière, D., 1835, II, 180; Tambour, p. 440, 441).

398. — È uopo forse applicare questo principio di retroattività eziandio alle cessioni fatte dall'erede beneficiario de' proprii erediti avverso la eredità?

E debbesi forse statuire che i diritti del cessionario svaniscono, per effetto della confusione, seguita in *proteritum* in persona dell'erede cedente delle due qualità di creditore e debitore? (Art. 1300 — 1254).

Tal risultamento sarebbe, è uopo confessarlo, poco equo.

Si evita il risultamento medesimo nel sistema a norma di cui il beneficio dello inventario produce di pieno diritto, a pro de' creditori della eredità, il beneficio della separazione de' patrimoni; dappoichè allora lo stesso cessionario è divenuto un creditore della eredità, il quale non può, al pari degli altri, venir privato, per fatto dell'erede, di questo beneficio da lui acquistato (confr. arresto C. cass. 40 dicem. 1839, Donney, Dev., 1840, I, 92).

Ma che mai statuire, nell'opposto sistema, il quale ci è sembrato meglio fondato ed a norma di cui il beneficio dello inventario non osimo i creditori del defunto ed i legatarii dal dimandare la separazione de' patrimoni e la iscrizione, se vogliono preservarsi dalle conseguenze della cessazione dal beneficio dello inventario?

In questo sistema non dovrebbsi forse rispondere che il terzo, il quale abbia comprato il credito particolare dell'erede beneficiario contro la eredità, è divenuto creditore della eredità stessa; che quindi debbe essere riguardato come gli altri creditori della eredità; che ha potuto dimandare la separazione

de' patrimoni e la iscrizione: e che, se non ha praticato ciò, debbe accanzionare a sè stesso ed all'a propria neuligenza il nocumento che ne emerge per lui?

Ma è agevole scorgere che il cessionario allora non viene trattato, pressapoco, come gli altri creditori della eredità: di fatti costoro, quando l'erede rinunziò al beneficio dello inventario o ne rimanga decaduto, conservano i proprii crediti tali quali li vantavano contro il defunto, con le parentie di privilegio, ipoteca o fidejussione annesse; mentre il cessionario del credito dell'erede beneficiario avverso la eredità vedrà svanire presso di lui lo intero suo credito, se si dichiara che il credito medesimo trovisi retroattivamente estinto per la confusione emergente dalla cessazione dal beneficio dello inventario.

Non sarebbe forse più giuridico il sostenere che la confusione, al pari della compensazione, non può aver luogo in detrimento de' dritti acquistati da un terzo (art. 1298 + 1252): or nel momento in cui il beneficio dello inventario è cessato, l'erede, con atto irrevocabile, verso un terzo, crasi spogliato del suo credito avverso la eredità: dunque le condizioni della confusione non si rinverrebbero più nella sua persona: laonde, circa una questione la quale ha con questa molta affinità, il nostro dotto collega Berthoud insegna, in senso opposto, alla decisione della corte di Orleans del 46 marzo 1849 (Picaut, Devill., 1849, II, 449), che lo effetto della surrogazione consentita dalla moglie nella sua ipoteca legale, continua a sussistere, anche quando i suoi rappresentanti divengano puri e semplici eredi del marito (della surrogazione nella ipoteca legale delle donne maritate, numero 69-72).

SEZIONE V.

Delle eredità giacenti.

SOMMARIO.

399. — Passaggio.

400. — Divisione.

399. — Il legislatore, dopo avere formato l'ordine gerarchico delle chiamate ereditarie ed i diversi partiti, cui possono appigliarsi i successori da lui indicati, trovavasi naturalmente condotto a determinare ciò che dovesse accadere, qualora tutti questi successori mancassero alle chiamate medesime.

È questo l'obbietto dell'ultima sezione del capitolo V, riguardante le *eredità giacenti*.

400. — Circa questo subbietto dobbiamo risolvere due punti:

I. In quali casi la eredità debbesi considerare giacente?

II. Quali regole sono applicabili alla eredità giacente?

I.

In quali casi la eredità debbesi considerare giacente?

SOMMARIO.

401. — Tre condizioni richieggonsi per dovere considerarsi giacente la eredità:

402. — 1^a. È uopo che i termini concessi per distendere l'inventario e deliberare sieno trascorsi.

403. — Durante questo periodo di tempo chi dovrà aver cura dei beni della eredità? e contro chi i terzi interessati potranno agire?

404. — 2^a. È uopo in secondo luogo che nessuno dimandi la eredità.

405. — La eredità può forse reputarsi giacente, quando venga dimandata dal figliuolo naturale, dal coniuge superstite ovvero dallo Stato?

406. — Continuazione.

407. — 3^a. La terza condizione, per reputarsi giacente la eredità, si è il non esservi erede noto, ovvero gli eredi noti avervi rinunziato.

408. — Come è da intendere la condizione non esservi erede noto?

409. — Continuazione.

410. — I legatari ed i donatari universali van forse compresi nell'art. 811, sotto la denominazione *eredi*?

411. — Quid circa i legatari e titolo universale o a titolo particolare?

412. — È manifesto che la eredità, quando siasi accettata, non può reputarsi giacente, anche quando la esistenza dell'eredità accettata fosse divenuta incerta.

413. — Quale è mai la differenza fra la eredità giacente e la eredità in abbandono e senza padrone?

414. — Continuazione.

415. — Continuazione.

416. — Continuazione. — La eredità giacente è forse dicitricio del diritto di mutazione?

417. — Quid, se fuori le condizioni richieste e sotto cui soltanto la eredità reputasi giacente, si fosse destinato un curatore alla eredità?

418. — Continuazione.

419. — Continuazione. — Gli atti consentiti dal curatore debitamente nominato, o le sentenze emesse contro di lui, diverrebbero forse validi per effetto della rinunzia dell'eredità più prossimo, contro l'eredità più remoto, il quale odiesse la eredità, o contro il curatore dappoi regolarmente nominato?

401. — L'art. 811 — 730 dichiara:

« Quando spirati i termini per fare l'inven-

« tario e per deliberare, non si presenti alcuno che reclami un' eredità, o che non sia noto l'erede, o che gli eredi vi abbiano rinunciato, questa eredità si reputa giacente » (Agg. art. 998 C. pr. — 1074).

Dalle quali cose conseguita tre condizioni richiedersi per doversi la eredità considerare giacente, cioè:

1° Che i termini per distendere inventario e deliberare sieno trascorsi;

2° Che non comparisca alcuno che dimandi la eredità;

3° Che non siavi erede noto, ovvero gli eredi noti vi abbiano rinunciato.

402. — 1° È mestieri primieramente, diciamo, che i termini per distendere inventario e deliberare sieno trascorsi (art. 811).

Questi termini vegono conceduti a tutti i successori, qualunque sieno; agli eredi ignoti ed ai successori irregolari, noti o ignoti, per presentarsi.

In vero la eredità giacente è quella la quale, per mancanza di ogni successore, si presume non appartenere ad alcuno: or era ragionevole e giusto il fermarsi a tal presunzione sol dopo trascorso un determinato tempo, a computare dal dì dell'apertura della successione, senza presentarsi alcuno per dimandare i beni ereditarii.

403. — Ma, durante questo periodo di tempo, chi avrà cura de' beni della eredità?

E contro chi gli eredi interessati potranno agire, se non siavi erede noto, o se vi sieno soltanto successori irregolari, i quali non dimandano la immissione in possesso?

Nulla avendo statuito i testi in esame circa tal situazione, conviene provvedervi in conformità dei principii generali su' provvedimenti provvisorii e conservativi.

Consequentemente avvisiamo ogni persona interessata, ereditari, legatarii ed altri, poter dimandare al magistrato tutti quei provvedimenti riconosciuti indispensabili.

Quindi, da un lato, se si rinvenissero nella eredità oggetti dispendiosi a conservare o suscettivi di deterioramento (art. 796 — 713), ovvero se fosse urgente interrompere la prescrizione in corso avverso di essa (art. 2258, 2259 — 2464 2465, 2466), ogni interessato potrebbe ottenere dal magistrato l'autorizzazione, sia di far vendere gli oggetti dispendiosi a conservare o deperibili, sia d'interrompere la prescrizione.

E similmente, d'altro lato, il terzo il quale potesse formare avverso la eredità una di-

manda, ad obbietto, per esempio, d'interrompere la prescrizione, potrebbe altresì al certo agire per la conservazione de' suoi diritti. Sembra potersi pur pretendere che il terzo dovesse all'uopo semplicemente notificare la sua dimanda nel domicilio del defunto avverso i suoi eredi o rappresentanti collettivamente e senza indicazione de' nomi e qualità (arg. dagli art. 447 C. pr. — 544, e 2149 C. Nap. — 2043); non pertanto avvisiamo, con Demante, che miglior partito sarebbe far destinare dal tribunale un curatore *ad hoc*, avverso il quale dovrebbe formarsi la dimanda, salvo il soprassedere dappoi su tal dimanda suo alla nomina del curatore alla eredità giacente (t. III, n. 435 bis. V; confr. Bugnet sopra Pothier, t. VIII, p. 451).

404. — 2° In secondo luogo è mestieri, per reputarsi giacente la eredità, che non si presenti alcuno che la reclami (art. 811).

Cotesta formola è generica per quanto sia possibile; e conseguentemente la eredità non potrebbe reputare giacente, laddove si presenti qualcuno a dimandarla, chiunque altro possa essere, erede legittimo, successore irregolare, donatario o legatario universale.

405. Non pertanto Toullier ha insegnato che:

« L'art. 811 parla ad evidenza de' soli eredi legittimi: il pretendere, egli dice, avere il Codice voluto indicare i successori irregolari, col dichiarare esser giacente la eredità, quando non si presenti alcuno che la reclami, sarebbe attribuirgli un assurdo; sarebbe supporre avere anteposto il figlio naturale al figlio legittimo; mentre è indubitato nel capitolo, nella sezione in cui rinviensi l'art. 811, il Codice parlare soltanto degli eredi, delle successioni legittime » (T. II, n. 292).

E da ciò il dotto autore inferisce che, comunque la eredità venga dimandata da un figlio naturale, dal conjuge superstite o dallo Stato, reputasi sempre giacente, se non vi sia erede legittimo, e che vi è luogo a nominare un curatore il quale dovrà amministrare la eredità durante il giudizio della immissione in possesso sinu al dì della sentenza.

Ma ciò è manifestamente opposto al testo medesimo della legge!

In vero la eredità, a norma dell'art. 811, può reputarsi giacente sol quando nessuno la dimandi;

Or si suppone essersi dimandata dal figliuolo naturale, dal conjuge o dallo Stato;

Dunque in conformità del testo medesimo della legge, non potrebbe reputare giacente.

Toullier, pretende la espressione *quando non si presenti alcuno*, adoperata nell'articolo 814, non potersi applicare a' successori irregolari, diversamente il Codice avrebbe commesso un assurdo antepoendo i successori irregolari agli eredi legittimi, di cui avrebbe parlato di poi, dichiarando: *quando non sia noto l'erede*, ec.

Ma tale obbiezione non è ben fondata: di fatti essa suppone le prime parole adoperate nell'art. 814 *quando non si presenti alcuno* riferirsi esclusivamente a' successori irregolari, senza comprendere gli eredi legittimi. È ben vero essersi tale interpretazione dell'articolo 814 ammessa anche da parecchi dei giureconsulti, i quali oppugnarono la dottrina di Toullier (cofr. Favard, *Rep.*, v. *Success.*, sez. IV, § 4, n. 3; Chabot, art. 773, n. 3); ma, rispetto a noi, assolutamente la prescriviamo; avvegnachè ci pare evidente le prime parole adoperate nell'art. 814 *quando non si presenti alcuno che reclami la eredità* applicarsi agli eredi legittimi del pari che a' successori irregolari. La pruova se ne rinviene nell'assoluta generalità di questo medesimo testo. E non ne conseguita menomamente tornare inutili le seguenti parole: *quando non sia noto l'erede*, ec. Tutto l'opposto! dappoi- ché, dopo la generale condizione comune a tutti i successori regolari o irregolari, fermata dapprima con l'articolo, viene soggiunta una condizione speciale e particolare a' successori regolari, cioè che, anche quando non si presentino, basta esser noti per non reputarsi giacente la eredità (ved. il tomo II, numero 213). Secondo il sistema di Toullier, la compilazione dell'art. 814 sarebbe affatto inesplicabile; dappoi- ché se le parole *quando non si presenti alcuno* si riferissero esclusivamente agli eredi legittimi, non offrirebbero alcun senso; avvegnachè, per le seguenti parole, basta che gli eredi legittimi sieno noti.

Quindi Treilhard, nella *Exposition de motifs*, positivamente dichiarò « potere non presentarsi, per conseguire la eredità, parenti, né figliuoli naturali, né conjuge superstite, nè lo Stato, ed allora essere giacente la eredità. » (Loché, t. X, p. 493).

Dunque non è giacente, quando si presentano per conseguirla, parenti, figliuoli naturali, un conjuge superstite, ovvero lo Stato.

Consequentemente non solo non vi è luo-

go, in simil caso, alla nomina di un curatore; ma il curatore destinato alla eredità dapprima reputata giacente, dovrebbe di pieno dritto cessare dalle sue funzioni.

Ma allora, dicessi, chi dunque amministrerà i beni ereditarii durante il periodo di tempo alquanto lungo richiesto per la osservanza delle formalità stabilite per la immissione in possesso? la risposta fu già fatta (*supra*, numero 403): i magistrati potranno ordinare i provvedimenti che loro sembreranno più convenienti: quindi potrebbero affidare provvisoriamente tale amministrazione, sia ad un terzo amministratore, sia allo stesso successore il quale dimandi la eredità: questo ultimo partito è pur sempre quello adottato, ed indubitabilmente con sommo fondamento l'quando il reclamante sia lo Stato, il quale offre garanzia per tutti gl'interessi. Ma ciò che è da riflettere si è tale provvisoria amministrazione diversificare dall'amministrazione di un curatore destinato alla eredità giacente, e doversi per massima circoscrivere agli atti necessarii (cofr. il tomo II, n. 206, 207; decis. C. di Parigi 26 marzo 1835, Debuire, D., 4835, II, 466; arresto C. cass. 47 ag. 1840, l'amm. de' demanii, Dev., 1840, I, 759; decis. C. di Colmar 48 genn. 1850, l'amm. dei demanii, Dev., 4851, II, 533; decis. C. di Rennes 7 lug. 1851, l'amm. de' demanii, Dev., 1852, II, 630; Duvierger sopra Toullier, t. II, n. 292, nota a; Duranton, t. VI, n. 352, e VII, n. 60; Malpel, n. 499 e 339; Poujol, art. 770, n. 3; Vazeille, art. 770, n. 3; Demante, t. III, n. 135 bis, I; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, pag. 399; Massé e Vergé, t. II, p. 443; D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 391).

406. — È uopo soggiugnere che i successori irregolari, lo Stato al pari degli altri, possono formare la loro domanda d'immissione in possesso, senza esser tenuti attendere il trascorrimento de' termini per distendere inventario e deliberare.

In vero da un lato gli articoli, i quali stabiliscono la loro chiamata e determinano le regole del suo esercizio, non la subordinano a tale condizione (articolo 757, 758, 767, 768, 770 e seg. — 674, 683, 684, 686); e, relativamente a' art. 811, se richiede il trascorrimento de' termini, il richiede soltanto per potersi reputare giacente la eredità; ma non mai per impedire a' pretendenti dritto, chiunque sieno, di presentarsi: tutto l'opposto! abbiamo già ravvisato i termini medesimi trovarsi conceduti a tutti i successori per

presentarsi e così ovviare alla giacenza della eredità (supra, n. 402).

D'altro lato è noto un termine alquanto lungo, eziandio di un anno, relativamente alla Stato, trascorrere sempre fra la dimanda e la sentenza d'immissione in possesso, e, in tutti i casi, competere alla saggezza del magistrato il valutare le particolari circostanze del fatto (red. il tomo II, n. 211, 212, confr. decis. C. di Metz 14 nov. 1855, amm. dei demanii, D., 1856, II, 221).

407. — 3° Finalmente la terza condizione, per potersi la eredità reputare giacente, si è non essersi erede noto o gli eredi noti avervi rinunciato (art. 811).

In vero l'erede legittimo trovasi investito di pieno diritto della eredità (art. 724 — 645); e quando sia noto e non abbia rinunciato, si appartiene precisamente a lui la eredità: dunque appunto contro di lui tutti gl'interessi debbono finire le loro dimande.

E precisamente così questa ultima condizione è speciale agli eredi legittimi.

Questa appunto è la mente del legislatore nell'articolo 811, la cui compilazione non sembra essersi genericamente ben compresa, se dobbiamo appalesare il nostro dissenso.

Quindi Toullier applica l'articolo intero ai soli eredi legittimi, senza comprendervi i successori irregolari (supra, n. 405).

Altri per contrario applicano la prima parte a soli successori irregolari (quando non si presenti alcuno), e sostengono trattarsi degli eredi legittimi nella seconda parte (Ducaurroy, Bonnier e Roussin, art. 811; Chabot, art. 773, n. 3).

E, in senso affatto inverso, Dalloz nella sua *Raccolta alfabetica* insegna la espressione *quando non sia noto l'erede* comprendere i successori irregolari, il figlio naturale, il con joge superstite o lo Stato! (V. Successione, n. 978).

Noi avvisiamo aver dimostrato nessuna di tali interpretazioni doversi accogliere; ed in vero lice meravigliare come l'art. 811 abbia potuto farle sorgere: avvegnachè la compilazione dell'articolo medesimo sembra sommamente esatta ed unisona all'ordine logico delle idee.

1° Si presenta forse un avente diritto qualsivoglia per dimandare la eredità? essa non potrebbe reputare giacente: è questa la condizione generale, comune a tutti gli aventi diritto, eredi legittimi o successori irregolari;

e doveva esser la prima a fermarsi precisamente perchè generale.

2° Anche quando non si presenti alcuno, evvi forse un erede noto, il quale non abbia rinunciato? ciò basta affinché la eredità non possa reputarsi giacente: è questa la speciale condizione relativa agli eredi legittimi, e la quale, atteso la sua medesima specialità, dovevasi fermare in secondo ordine.

408. — Ma come mai è da intendersi l'ultima condizione *quando non sia noto l'erede*?

Forse è necessario che gli eredi di tutti i gradi, sino al dodicesimo, abbiano successivamente rinunciato?

Ovvero per contrario basta, per reputarsi giacente la eredità, che gli eredi di primo grado noll'ordine chiamato abbiano rinunciato, anche quando vi fossero, nello stesso ordine o in ordine diverso, altri parenti divenuti eredi per la rinuncia de' primi, ed i quali non avessero essi medesimi rinunciato?

Per sostenere la eredità non doversi reputare giacente, qualora siavi un erede noto sino al dodicesimo grado, possono invocare molto ponderosamente il testo medesimo ed il principio del possesso legale:

1° la conformità dell'art. 811 la eredità reputasi giacente *sol quando non siavi erede noto*, o gli eredi noti vi abbiano rinunciato;

Or, reputandosi l'erede più prossimo, per effetto della sua rinuncia, non essere stato nivi erede (art. 785 — 702), per contrario reputasi esserlo stato a die mortis l'erede più remoto (art. 724, 786 — 645, 703);

Dunque se questo erede sia noto, il testo medesimo dell'art. 811 osta al reputarsi giacente la eredità.

2° Aggiungasi così richiedere effettivamente il principio del possesso legale: trovandosi impossessato l'erede più remoto, qualora il più prossimo abbia rinunciato, i terzi interessati debbono agire contro di lui; ed essi non hanno interesse nè qualità per far allora destinare un curatore: è indubitato che i terzi, creditori o altri, possono agire contro l'erede di secondo grado dopo la rinuncia dell'erede di primo grado, ec.: or, se è un diritto per essi lo agire contro di lui, è pure una obbligazione: dappoichè non si potrebbero scindere le conseguenze del possesso legale, nè far dipendere dal dispaccio de' creditori la questione se la eredità dovrà reputarsi o pur no giacente. Che mai avverrebbe altronde, dicesi, se fra tali creditori alcuni avessero dimandato la nomina di un curatore alla ere-

eredità pretesa giacente, mentre gli altri avessero agito contro l'erede impossessato? Astringerebbersi forse questo ultimo a rispettare le convenzioni concluse dal curatore con persone terze, le quali conoscevano la sua esistenza, comunque d'altro lato fosse tenuto a rispondere alle domande avverso di lui dirette? (Confr. Aubry e Rau sopra Zachariæ, t. V, p. 400, 402; Belost-Joliboont sopra Clinbot, art. 811, nsserv. 4; Ducaurroy, Bonnier e Roussting, t. II, n. 836).

Vi sarebbe un mezzo di confutare vigorosamente tal dottrina, cioè quello di sostenere il possesso legale una sola volta agire, e dopo la rinunzia dell'erede impossessato, l'erede stesso di grado susseguente non venire investito della eredità. Allora è manifesto che la eredità reputerebbersi giacente mercè la rinunzia dell'erede di primo grado, dappoiché l'erede di secondo grado non trovandosi impossessato, i terzi non potrebbero rivolgersi a lui. Ed io vero tanto rispondo qui, molto vantaggiosamente, i giuriconsulti i quali insegnano il possesso legale fermarsi al primo grado chiamato (confr. Bugnet sopra Pothier, t. VIII, p. 142; Mourlon, Ripet. scrit., t. II, p. 425, il quale cita parimente in tal senso Valette).

Ma siccome per contrario abbiamo ammesso il devolvemento del possesso legale per effetto della rinunzia, così non possiamo accogliere il sussidio di tal mezzo (ved. il tomo I, n. 150); e conveniamo che, sul campo in cui siamo, la dottrina testè riferita sembra rigorosamente unisona alla logica de' principii.

Nulladimeno la opinione nostra si è tal dottrina non doverci seguire: noi invocchiamo, sia lo intendimento sommamente verosimile de' compilatori del Codice, sia le potenti considerazioni di utilità pratica, da cui indubitabilmente vennero mossi:

1° Primamente un punto ci pare inconcusso, comunque appoggiato, cioè che, nel nostro antico dritto, benchè il possesso legale discendesse di grado in grado per effetto delle rinunzie, la eredità reputavasi giacente, quanto volte avesse rinunziato l'erede di primo grado. Tre decisioni del Parlamento di Parigi, de' 21 gennaio 1623, 28 marzo 1702 e 27 apr. 1735, suppongono tal dottrina; e, senza fermarci alle obiezioni onde si è voluto proscrivere l'autorità, addurremo pure l'amministrazione sommamente esplicito di Pothier:

« Comunque, egli dice, mercè la rinunzia

di tutti coloro i quali vengono chiamati in primo luogo alla eredità, sia questa devoluta ai parenti di grado susseguente, no'rdimeno, fino a quando non l'abbiano accettata, i creditori possono far dichiarare la eredità giacente, e farle destinare un curatore, senza essere in obbligo attendere che prescelgano un partito quelli di grado susseguente; salvo ad essi lo accettare quando meglio loro piacerà, ed io tal caso farsi rendere conto dal curatore. » (Introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 67; agg. *Novello Den d'art*, v. Curatore, § 40, n. 4).

Or ciò dimostra, a parer nostro, due cose: la prima il principio del devolvemento del possesso legale da grado a grado non produrre la necessaria conseguenza la eredità non potersi reputare giacente dopo la rinunzia dell'erede di primo grado; la seconda i compilatori del Codice essersi con somma verosimiglianza rimessi, su questo punto, alle tradizioni del nostro antico dritto; tanto più che essi medesimi hanno molto attenuato lo effetto devolutivo del possesso legale, permettendo all'erede di primo grado di recedere dalla sua rinunzia, sino a quando l'erede di secondo grado non avesse accettato (art. 790—797; supra, n. 51 e seg.).

Se le cose vanno così, dobbiamo intendere l'art. 811 — 730 nel senso speciale attribuitogli da tali precedenti, val dire nel senso che le espressioni quando non sia noto l'erede o gli eredi noti vi abbiano rinunziato applicandosi qui, nello intendimento del legislatore, a' soli eredi di primo grado primieramente chiamati.

2° E uopo aggiungere (ed è questa la ragione di pratica utilità la quale ci sembra di maggiore importanza) che la opposta dottrina potrebbe produrre le più spiacevoli conseguenze. Come! converrebbe che i creditori o tutti gli altri interessati percorressero ad uno ad uno tutti i gradi della scala ereditaria sino al dodicesimo! e, siccome ciascuno degli eredi, successivamente convenuto, avrebbe dritti di dimandare un termine di tre mesi e quaranta giorni per distendere inventario e deliberare, o almeno un termine di quaranta giorni per deliberare, se l'inventario si fosse già fatto, così i terzi vedrebbero in tal modo indefinitamente perpetuarsi la loro offesa! nel tempo stesso che tutte le spese di tali procedimenti rinnovellati scemerebbero vie maggiormente e forse terminerebbero con assorbire l'attivo della eredità quasi sempre, in si-

mil caso, insolubile! tali inconvenienti non sono immaginarii, come si è detto: essi sarebbero pur troppo reali! e, senza volerli esagerare pretendendo che i creditori e gli altri giugnessero sempre così sino al dodicesimo grado, almeno si troverebbero esposti a percorrerne sempre molteplici! non sarebbe per esempio, esigenza poco ragionevole quella la quale costringesse creditori, dopo la rinunzia dell'erede di primo grado, contro il quale avevano agito, ad agire ancora contro di lui, nella qualità di tutore de' suoi figli minori, cui la eredità si fosse devoluta mercè la sua rinunzia!

Ma allora, dicesi i terzi non potranno dunque agire contro l'erede di secondo grado? non è questa la nostra conclusione: per contrario avvisiamo che i terzi, creditori o altri, in vece di far destinare un curatore, potranno istituire la loro azione avverso l'erede di secondo grado, di terzo, e; talchè l'erede medesimo non avrà altro mezzo di sottrarsi ad una condanna, tranne quello di opporre preventivamente, se vi sia luogo, la eccezione dilatoria de' tre mesi e quaranta giorni, e poscia quello di rinunziare.

Ma se di fatti l'erede di secondo o terzo grado rinunziasse come l'erede di primo o secondo grado, ec., avvisiamo con Demante che le spese fatte dal terzo, in vece di rimanere a carico della eredità, secondo il consueto, rimarrebbero a carico particolare di chi le avesse fatte e poteva evitarle dimandando la nomina di un curatore, in vece di agire contro l'erede di secondo o terzo grado, la cui rinunzia era ad evidenza presumibile, dappoichè la prova della insolubilità della eredità trovavasi già acquistata mercè anteriori rinunzie (t. III, n. 435 bis, III, e IV); e circa la ipotesi in cui uno de' creditori avesse fatto destinare alla eredità un curatore, mentre altro creditore avesse agito contro l'erede di secondo grado, è da fare il seguente dilemma: o l'erede di secondo grado avrà rinunziato, ed allora non evvi conflitto, o l'erede medesimo ha accettato, ed allora il curatore nominato ad istanza di altro creditore, debbe cessare dalle sue funzioni, salvo la validità degli atti stipulati da lui co' terzi i quali avessero ignorato l'accettazione dell'erede (arg. dall'art. 2003 — 1875).

È questa la nostra conclusione, meno unisona, il confessiamo, al rigore del diritto, della opposta conclusione, ma che viene da noi non pertanto adottata, dappoichè ci sem-

bra essere stata quella del nostro legislatore e torna soprattutto di somma pratica utilità: quindi stabile è l'uso all'obbietto (confr. dec. C. di Aix 47 die. 4807; Mombiet, Sirey, 1807, II, 667; di Parigi 31 ag. 1822, Delanoy, Sirey, 1823, II, 400; Merlin, *Rep.*, v. Curatore, § 3, n. 4; Delvincourt, t. II, p. 37, nota 1; Toullier e Duvergier, t. II, n. 397; Chabot, art. 814, n. 2; Malpel, n. 339; Poujol, art. 814, n. 4; Marcadé art. 770, n. 2, ed art. 814, num. 4; Taulier, t. III, p. 269, 270; Duranton, t. VII, n. 64, 62; Zachariae, Massé e Vergé, t. II, p. 443, 444; D. *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 976).

409. — Dalla testè esposta soluzione conseguita potere esservi luogo a considerare la eredità gincente solo in parte.

A ragion di esempio la eredità è spettata allo zio in linea paterna ed allo zio in linea materna.

Lo zio paterno ha accettato;

Ma lo zio materno ha rinunziato; e dopo di lui, nella sua linea, succede, come erede, un cugino del defunto, il quale non ha ancora accettato.

In tale stato i creditori della eredità possono agire contro lo zio paterno, accettante, soltanto sino alla concorrenza della metà spettante alla sua linea; dappoichè, per l'altra metà, non è erede (art. 753, 786 — 703).

E siccome, d'altro lato, non sono tenuti, come dicemmo, di agire in linea materna avverso l'erede di secondo grado, divenuto tale per la rinunzia dell'erede di primo grado, la conseguenza si è potere, circa la metà spettante alla linea medesima, dimandar la nomina di un curatore.

410. — I legatarii ed i donatarii universali (art. 4003, 1082 — 929, 4038) van forse compresi nell'art. 814 — 730 sotto la denominazione *eredi*?

Manifesta è la negativa, qualora non si trovino impossessati, dappoichè allora la presenza dell'erede riservatario, di per sè sola, osta alla gincenza della eredità, e debbono contro di lui formare dimanda di rilascio (art. 4004 — 930.)

Ma quando, in mancanza di eredi riservatarii, i legatarii o donatarii universali vengano impossessati di pieno diritto di tutta la eredità, puossi pretendere impedire essi la gincenza, per l'unico motivo essere egli noti, ed anche quando non siensi ancor presentati per dimandare la eredità: in vero il vocabolo *erede* è suscettivo di amplissimo significato;

e di frequente si è osservato dinotare tutti coloro i quali succedono, sia in forza della legge, sia in forza della volontà dell'uomo, nella universalità de' beni del defunto (confr. Demante, t. III, n. 435 bis, II).

Non pertanto ci parrebbe miglior partito circoscrivere qui il vocabolo *erede* agli eredi legittimi. Circa la questione in disamina, frai successori chiamati dalla legge ed i successori chiamati dalla volontà dell'uomo sta la differenza, che i primi sono i parenti del defunctus, il cui titolo è in generale notorio ed altronde può verificarsi da ogni persona sui registri dello stato civile; mentre gli altri vengono chiamati in forza di atto, il quale nulla rivela al pubblico, e di cui i terzi non han diritto di dimandare la comunicazione: or è sommamente verosimile lo intendimento del legislatore, nello adoperare nell'ultima parte dell' art. 811 il vocabolo *erede*, unicamente mirare agli eredi propriamente detti, a quelli da lui stesso chiamati ed i quali sono in generale noti, anche quando non si presentino: incontrerebbesi tanto maggiore inconveniente nel comprendervi i legatarii e donatarii universali, in quanto che la questione in fatto se fossero o pur no noti tornerebbe sempre sommamente malagevole a risolvere. Laonde avvisiamo trovarsi compresi soltanto nella prima parte dell'articolo, e conseguentemente ostare alla giacenza sol quando si presentino per dimandare la eredità, val dire sol quando abbiano pubblicamente manifestato lo intendimento di adirla (confr. Chabot, articolo 773, n. 3; Duranton, t. VII, n. 60; Aubry e Rau sopra Zachariae, t. V, p. 401, 402).

414. — Lo indubitato si è che la sola presenza di legatarii a titolo universale o a titolo particolare non potrebbe ostare alla giacenza, anche quando si presentino per dimandare il rilascio de' legati; avvegnachè precisamente, per poter dimandare tal rilascio, è mestieri che facciano destituire un curatore alla eredità giacente contro il quale dovranno agire (art. 4011, 4044 — 965, 968; confr. Duranton, t. VII, n. 60; Malpel, n. 339; Demante, t. III, n. 435 bis, II; Aubry e Rau, loc. supra cit.).

412. — Forse è a dire la eredità una volta accettata non potersi più dichiarare giacente, anche quando la esistenza dell'erede accettante fosse dappoi divenuto incerta? (Confr. arresto C. cass. 18 marzo 1834, Vacquant, D. 4834, I, 227.)

413. — Nel punto in cui ci troviamo avvi-

siamo essere agevole far apparire la vera differenza tra due situazioni le quali non sembrano essere state esattamente definite, ed intorno a cui lice affermare la dottrina e la giurisprudenza essere ancora molto ondeggianti; intendiam parlare della *giacenza o vacanza* e della *caducità o abbandono* (ved. il tomo II, n. 479).

La vacanza! è lo stato della eredità non dimandata da alcuno e per la quale non evvi erede noto (art. 811 — 730).

La caducità o abbandono! è lo stato della eredità dimandata dallo Stato e della quale ottiene la immissione in possesso (art. 539, 743, 768, 811 — 464, 684, 730.)

Come ben si ravvisa, nulla evvi di più semplice, nè di più chiaro.

E non pertanto quasi tutti gli autori ed i giudicanti han preso a seguitare una idea assai diversa, sostenendo:

« La eredità esser giacente, quando non si presenti alcuno a dimandarla, non siavi erede noto, e se ne ignori la esistenza.

« La eredità trovarsi in abbandono quando trovisi assodato non esservi parenti in grado di succedere, nè figliuoli naturali, nè conjuge superstite. » (Confr. Toullier, t. II, n. 294; Malpel, n. 310, D., *Rac. alfab.*, v. Successi, n. 976; agg. pure Marendé, art. 811).

Val dire che, in conformità di questa dottrina, lo stesso fatto, il quale produrrebbe lo stato di abbandono se volesse provato, produrrebbe la sola vacanza se fosse semplicemente presunto.

Ma ci pare manifesto tal distinzione osteggiare il testo medesimo della legge.

In vero, io conformità del positivo testo dell' art. 814, la eredità reputasi giacente, quando non si presenti alcuno che la dimandi.

Dalle quali cose discendo la duplice conseguenza:

1° Doversi considerare giacente e non in abbandono, quando non venga dimandata dallo Stato, ancorchè venisse dimostrato non esservi eredi legittimi, nè figlio naturale, nè conjuge superstite;

2° Doversi per contrario considerare in abbandono e non giacente, quando venga dimandata dallo Stato, ancorchè non venisse dimostrato non esservi erede legittimo, nè figlio naturale, nè conjuge superstite.

In buona sostanza la eredità non è forse dimandata da alcuno, neppure dallo Stato? è dessa e non può essere che una eredità giacente.

Viene forse domandata dallo Stato? è dessa e non può essere che una eredità in abbandono, se però venga accordata allo Stato la immissione in possesso.

In vero la legge non richiede menomamente tal prova impossibile, cui pretendesi subordinare la questione se la eredità sia giacente o in abbandono, la prova cioè non esservi alcun successore preferibile allo Stato (ved. il tomo II, n. 212): è manifesta tal questione per contrario potersi risolvere in fatto unicamente in conformità delle presunzioni e delle verosimiglianze.

Laonde è da riflettere l'art. 811 non dichiarare esser giacente la eredità, quando non venga domandata da alcuno e non siavi erede noto; ma dichiarare semplicemente reputarsi giacente; dappoichè può non esserlo effettivamente.

E similmente è uopo affermare la eredità di cui lo Stato domanda la immissione in possesso reputarsi del pari in abbandono, anzichè affermare trovarsi in abbandono; dappoichè possono esservi aventi diritto ad esso preferibili; e se di fatti è probabile esservene, la eredità reputata in abbandono si reputa per contrario giacente: quindi con la circolare ministeriale del dì 8 luglio 1806 venne statuito che « se beni provenienti da eredità giacente siasi indebitamente amministrati come se provenissero da eredità in abbandono, il ricevitore rimetterà al curatore, nominato dal Tribunale, copia del conto da lui tenuto per tale eredità, ec. » (Loché, l. X. p. 317). Dunque il vero sì è la eredità trovarsi al certo in abbandono solo quando il diritto dello Stato sarà divenuto incontrastabile per la prescrizione dell'azione di petizione di eredità da parte di ogni altro pretescente.

In ultima analisi che mai debbesi affermare?

Esservi effettivamente, secondo la espressione de' nostri dotti colleghi Aubry e Rau (sopra Zachariae, l. V. p. 404), due specie di abbandono di eredità:

L'uso presunto soltanto e rinvocabile;

L'altro dimostrato ed irrevocabile (confr. Duranton, l. VII, n. 56, 57.)

414. — A norma della su riferita circolare del dì 8 luglio 1806, « quando il governo venga chiamato ad una eredità per diritto di abbandono, gl'impiegati de' Demanii non possono rinunziarvi, nè astenersi dal raccogliarla. »

E di qui potrebbesi desumere, avverso la

dottrina da noi esposta. In obbiezione che se di fatti, come pretendiamo, la eredità non può reputarsi giacente, quando venga domandata dallo Stato, non vi sarà giammai eredità giacente, dappoichè lo Stato domanderà sempre la eredità.

Agoale è la risposta:

Prinamente è manifesto che il Ministro delle finanze ed il Gran Giudice, i quali di concerto emisero tal decisione, non intesero privare lo Stato del diritto competente ad esso, come ad ogni altro successore, in forza dell'art. 775 — 692, di rinunciare alla eredità: se non che, siccome lo Stato non è mai tenuto de' debiti oltre il valore de' beni da esso raccolti, così i Ministri considerano « non potero emergere veruna inconveniente pel pubblico tesoro. » Ma in diritto il principio rimane pienamente saldo ed altronde, eziandio in fatto, una risoluzione del ministro delle finanze del 43 ag. 1832 restituiti, in tali circostanze, all'amministrazione de' Demanii la piena sua libertà (confr. Trolley, della Gerarchia amministr., t. II. n. 811; Gabriele Demante, *Exposit. ragionata de' principii del registro*, n. 677, p. 489).

In seconda luogo, come avvertimmo, compete a' magistrati il determinare, secondo le circostanze di fatto e le probabilità, se vi sieno o pur no eredi e se la eredità debbasi reputare giacente o in abbandono.

Da ultimo, anche ammettendo (la qual cosa non negheremo) non essere la giacenza una frequente situazione, non ne consegua menomamente che non abbia il carattere da noi attribuito.

415. — Leggiamo in una decisione della Corte di Colmar del 18 gennaio 1850 altra distinzione fra la vacanza e l'abbandono, di cui ci riesce malagevole il rendere ragione:

« Considerando, dichiara la Corte, che il Demanio, per essere un erede irregolare, non è meno erede; che è uopo non confondere di fatti il diritto competente allo Stato di impossessarsi di una eredità in abbandono con quello che ha di raccogliere una eredità giacente; che, in caso di eredità in abbandono, val dire quando il defunto non lasci parenti in grado di succedere, nè figli naturali, nè conjuge superstite, lo Stato viene impossessato, di proprio diritto, direttamente come erede; mentre in caso di eredità giacente, val dire di eredità abbandonata dagli eredi noti, i beni che ne dipendano gli sono devoluti, non in forza di diritto successorio, ma

per applicazione delle regole riguardanti i beni giacenti e senza padrone; che da ciò conseguiva che il Demanio succedeva allo stesso titolo degli altri eredi, comunque in ultimo ordine, e che quindi ha qualità per dimandare la immissione in possesso provvisorio de' beni dell'assente, il quale non abbia lasciato alcuno erede presuntivo noto. » (*Demanio dello Stato*, Dev., 1851, 2, 533.)

A noi sembra pure indubitato poter lo Stato dimandare la immissione in possesso provvisorio de' beni dell'assente, il quale non abbia lasciato successori noti; dappoichè da un lato, a norma dell'art. 423 — 429, tutti coloro i quali hanno diritti subordinati alla condizione della morte dell'assente, possono provvisoriamente esercitarli; e d'altro lato lo Stato ha un diritto subordinato alla condizione della sua morte, quando non lasci alcun successore (*ved. il nostro Trattato dell'assenza*, n. 89).

Ma noi non iscorriamo di quale interesse potesse riuscire in quella causa la distinzione stabilita dalla decisione fra l'abbandono e la vacanza.

416. — Tal distinzione mirerebbe niente meno a dimostrare i beni della eredità, per l'unica circostanza di essere giacente, appartenere di pieno diritto allo Stato, come beni vacanti e senza padrone, in forza degli art. 539 e 713 — 464.

In vero si è sostenuta questa tesi, ad oggetto di esimare la eredità giacente dal pagamento del diritto di mutazione verso lo Stato; e con lo intendimento medesimo si sosteneva lo Stato, esser do proprietario, non potere dovere a sè stesso tal diritto.

Ma ad evidenza nel sostenere ciò rinvenivasi un abuso di principii.

È ben vero che lo Stato viene chiamato nella eredità in mancanza di ogni altro successore; e sotto questo rapporto indubitatamente la sua chiamata deriva dal diritto suo di raccogliere tutti i beni senza padrone (*confr. il tomo II, n. 477*); ma è importante riflettere pure esser mestieri che lo Stato si presenti a dimandare la eredità, se voglia che effettivamente gli appartenga; indaruo invocherebbesi in contrario l'art. 768 — 684, il quale dichiara che, lo mancando di conjuge superstite, la eredità si acquista dallo Stato; dappoichè l'art. 767 — 683 dichiara non meno energicamente che quando il defunto non lasci parenti in grado di succedere, nè figliuoli naturali, i beni della sua eredità apparten-

gono al conjuge non divorziato superstite; nè il predetto art. 767 non osta al dovere il conjuge formar dimanda d'immissione in possesso: dunque l'art. 768 neppure osta all'essere lo Stato del pari in obbligo di formare la dimanda medesima; e gli art. 769 e seg. — 685 sono di fatti positivi all'obbietto: dalle quali cose conseguiva la eredità giacente, sino a quando non venga dimandata dallo Stato, non reputarsi appartenergli.

Quindi la eredità giacente debbe il diritto di mutazione, almeno qualora vi si rinvenivano valori sufficienti destinati al privilegio del Tesoro.

Ma per qual motivo la eredità giacente debbe il diritto di mutazione?

È uopo forse affermare con Merlin e col giudicato del 4 apr. 1807 (*infra*) precisamente in essa, riguardata come ente morale, risiedere allora il diritto di proprietà . . . *haereditatem dominam esse?* (*L. 31, § 1, ff. de haered. inst.*) Questo motivo sarebbe, a parer nostro, poco giuridico; ed il nostro dotto collega Gabriele Demante ha osservato con buon fondamento « esser questa un'astratta formola rimbombante all'orecchio e non persuasiva della mente. » Il più conchiudente e meglio fondato sistema si è il sostenere il curatore, incaricato di agire nello interesse dell'erede ignoto, il quale può dappoi presentarsi, esser tenuto, per provvedimento conservativo, soddisfare i diritti di mutazione, da parte dell'erede medesimo; avverso il quale decorre sempre il termine perentorio senza sua saputa (*confr. arresto C. cass. 3 dic. 1839, l'ammi. del registro, Dev. 1840, I, 28; decis. C. di Amiens, 14 gennajo 1853, Forzy, Dev., 1853, II, 537; Merlin, Quist. di dir., v. Success. giacente, § 41; Championnière e Rigaud, t. V, v. Success. giac., n. 4, 9; Toullier e Duvergier, t. II, n. 402, nota 2; Gabriele Demante, Expos. ragion. de' princ. della registrazione, n. 677.)*

417. — Tali sono le condizioni, onde la eredità reputasi giacente, e, come dimostreremo, le si dee destinare un curatore.

Se dunque la eredità si fosse reputata giacente e le si fosse destinato un curatore fuori di tali condizioni, quando, per esempio, venisse disondata da un pretendente, o quando esistesse un erede noto, la nomina del curatore medesimo sarebbe illegale; talchè gli atti da esso consentiti e le sentenze emesse contro di lui non potrebbero venire opposti al vero successore, e, rispetto a costui, do-

vrebbero puramente e semplicemente considerarsi non avvenuti: *res inter alios acta* (art. 4165 e 4351 — 4118 e 4305).

Almeno è questo il rigore del principio; ma è uopo aggiugnere tal rigore dovorsi rattenere in ragione della buona fede de' terzi, i quali non avessero potuto conoscere la illegalità della nomina del curatore: in vero la logica e l'equità richieggono in tali circostanze l'applicazione della dottrina in conformità della quale deggionsi dichiarar validi gli atti regolarmente formati dall'erede apparente co' terzi di buona fede (confr. arresto C. cass. 10 marzo 1834, Vacquant, Dev., 1834, I, 830; arresto C. cass. 17 nov. 1840, Donné, Dev., 1841, I, 455; Toullier, t. II, n. 396; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 409; Massé e Vergé, t. II, p. 444.)

418. — Nè tampoco sarebbe necessario il far annullare, in forza di opposizione, la sentenza la quale avesse indebitamente nominato il curatore; queste specie di sentenze, emesse dietro apposita istanza, dovendosi pur considerare non avvenute riguardo a' terzi interessati (arg. dagli art. 99 e 400 — 404 e 405; confr. arresto C. cass. 17 ag. 1840, il Demanio, Dev., 1840, I, 759; decis. C. di Caen 30 dic. 1857, Berrurier; *Rac. di Caen*, 1858, pag. 53; Rauter, *Corso di proc. civ.*, § 440.)

419. — Gli atti conclusi col curatore indebitamente nominato e le sentenze emesse contro di lui diverrebbero forse validi, per effetto della rinuncia dell'erede più prossimo, contro l'erede più remoto il quale adisce la eredità, o contro il curatore dappoi regolarmente nominato?

Si è insegnata l'affermativa pel motivo che, reputandosi l'erede rinunciante non essere stato mai erede (art. 785—702), la sua presenza non ha potuto ostare alla giacenza della eredità né alla nomina del curatore (confr. Delvincourt, t. II, p. 85, nota 4; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 410).

Ma tal motivo è forse qui concludente? Di che mai trattasi? di una questione di fatto, anziché di una questione di diritto: trattasi di conoscere se, quando vi fosse un erede noto, la nomina del curatore avesse potuto farsi legalmente: or la posteriore rinuncia dell'erede non impedisce che in fatto la nomina abbia avuto luogo, in disprezzo della legge, per una situazione la quale non la comportava, e la quale, ad onta della rinuncia, è sempre esistita in fatto nel passato: dunque sembra

che tal rinuncia non dovesse covrire la illegalità della nomina del curatore (confr. Toullier, t. II, n. 396; D., *Rac. alfab.*, v. *Succes.*, n. 977; Aubry e Rau sopra Zachariae, loc. *supra*; Massé e Vergé, t. II, p. 444.)

II.

Quali regole sono applicabili alla eredità giacente?

SOMMARIO.

420. — Debbesi destinare un curatore alla eredità giacente. — Divisione.
421. — A. Come debbesi nominare il curatore?
422. — Continuazione.
423. — Costituzione. — Qual tribunale è competente a nominare il curatore?
424. — Continuazione.
425. — Costituzione.
426. — Possi nominare no sol curatore. — *Quid* se siasi nominati più curatori?
427. — Il curatore nominato è forse tenuto accettare tale incarico?
428. — Osservazioni su' curatori in generale.
429. — B. Delle funzioni del curatore.
430. — Sotto quali rapporti l'amministrazione del curatore destinato alla eredità giacente e quella dell'erede beneficiato possono assimigliarsi l'una all'altra?
431. — Continuazione. — Il curatore è forse responsabile, come l'erede beneficiato, soltanto delle sue colpe gravi?
432. — Il curatore ha diritto ad indennizamento.
433. — Esso neppure è tenuto a prestare cauzione.
434. — Esso neppure è tenuto a prestare giuramento prima di assumere lo esercizio delle sue funzioni.
435. — Il curatore è il rappresentante della eredità. — *Consequenze*.
436. — Continuazione.
437. — Il curatore è tenuto, innanzi tutto, di far comporre lo stato della eredità per mezzo d'inventario.
438. — Debbe far vendere i mobili corporali.
439. — Continuazione.
440. — *Quid* rispetto agli immobili ed alle rendite?
441. — *Quid* rispetto alle rendite su lo Stato?
442. — *Quid* rispetto ad ogni altro mobile incorporale?
443. — *Quid* circa l'accettazione o la rinuncia alla eredità?
444. — Circa la divisione? — Circa la transazione?
445. — Il curatore ha qualità per pignorare in nome della eredità.
446. — Può fare altrui gli atti di amministrazione.
447. — Il curatore stesso può forse ricevere, sia gli interessi morcosi ed offiti dovuti alla eredità ovvero debba versarli nella cassa de' depositi?
448. — Continuazione.
449. — Continuazione.
450. — I terzi, i quali direttamente pagassero al curatore, rimarrebbero forse liberati?
451. — I compratori degli immobili ereditari possono, secondo il diritto comune, pagare il prezzo a' eredi privilegiati o ipotecari, in grado utile per riceverli.

452. — Il curatore potrebbe venire autorizzato a riscuotere le somme riconosciute necessarie alla sua amministrazione.
453. — Il tribunale potrebbe forse conferire al curatore facoltà più ampie di quelle esonerati per lui dagli art. 812 ed 814?
454. — Il curatore può forse pagare ciò che due le eredità?
455. — In qual modo i creditori della eredità ed i legatarii debbono venire soddisfatti?
456. — La giacenza della eredità produce forse lo stesso effetto del beneficio dell'inventario, relativamente a' diritti de' ereditari e de' legatarii, sia contro la eredità, sia fra essi rispettivamente?
457. — Continuazione. — I creditori ereditarii osservano forse i lor diritti individuali di agire? — In specie possono forse far procedere a sequestri presso i debitori della eredità?
458. — La giacenza produce forse di pieno diritto la separazione del patrimonio?
459. — Acende forse esigibili i debiti passivi non maturati?
460. — Gli art. 552 e s. g. C. com. sono forse applicabili al caso di eredità giacente?
461. — *Quid* circa l'art. 2146?
462. — I ereditari ed i legatarii possono domandare al curatore conto della sua amministrazione e anzi di attualione.
463. — Lo stesso diritto compete forse al direttore della Cassa de' depositi?
464. — Continuazione.
465. — C. In qual modo cessano le funzioni del curatore?
466. — Continuazione.
467. — Dell'obbligo di render conto imposto al curatore o a soci eredi.

420. — La eredità giacente non potrebbe lasciare in abbandono.

Da un lato è uopo che venga amministrata ed i suoi diritti sieno difesi;

E d'altro lato che i terzi, i quali dovessero sperimentare diritti contro di essa, rinvengano una persona cui possono dirigersi.

È questo lo scopo della nomina del curatore, da destinarsi alla eredità giacente, ed intorno a cui dobbiamo investigare:

- Come venga nominato;
- Quali sieno le sue funzioni;
- Ed in quali casi finiscano.

421. — A. A norma dell'art. 812 — 631:

« Il tribunale di prima istanza, nel cui circondario si è aperta la successione, deputa un curatore su la istanza delle persone interessate, o su la richiesta del procuratore ».

Dunque il curatore può ricevere le facoltà sue unicamente dal magistrato.

Altronde il testo in esame concede, ne' più generici termini, alle persone interessate il dritto di dimandarne la nomina. D'ordinario

DEMOLOMBE, Vol. VIII.

son queste creditori della eredità, legatarii a titolo universale o a titolo particolare, fittajuoli, soci del defunto, il terzo il quale voglia esercitare avverso la eredità un'azione di rivendicazione o altra, ec.

Rispetto al pubblico ministero, è del pari un dritto per lui o piuttosto un dovere il richiedere tal nomina; avvegnachè s'è vero che per massima non abbia azione in materia civile, tal massima soggiace ad eccezione quando trattisi degl'interessi delle persone presunte assenti o dello Stato (art. 414 C. Nap. — 420, ed 83, 4° e 7° C. pr. — 477): or precisamente alla eredità giacente possono annodarsi gl'interessi di un avente dritto assente o dello Stato medesimo, se nessuno altro successore si presenti (confr. *Novello Denizart, v. Beni giacenti*, § 3; *Duranton*, t. VII, num. 66.)

422. — E ciò precisamente altresì disvela per qual motivo il pubblico ministero debba venire inteso su le dimande di nomina del curatore ad eredità giacente, anche quando le dimande medesime sieno formate da altre persone.

423. — Il tribunale competente è quello nel cui perimetro giurisdizionale si è aperta la successione, val dire il tribunale del domicilio del defunto (art. 440 — 415).

Ogni altro tribunale sarebbe dunque incompetente, anche quando vi fossero beni ereditarii siti nel suo perimetro giurisdizionale; e la nomina del curatore seguita così sarebbe nulla (confr. *Chabot*, art. 812, n. 3; *Duranton, loc. supra cit.*)

424. — *Toullier* osserva che il tribunale nomina il curatore, senza parere del consiglio di famiglia, non trattandosi dello interesse della famiglia (t. II, n. 399).

Ciò torna evidente!

425. — La domanda formasi con istanza; e non è necessario chiamare un contraddittore qualsivoglia; salvo il dritto d'intervento, e se vi sia luogo di chiamata da parte di chiunque fosse interessato ad offerirsi dal curatore nominato le necessarie garanzie (confr. circolare del ministro della giustizia del 13 nov. 1807; arresto C. cass. 7 febb. 1809, *Roger*, Sirv., 1809, I, 441; *Pigeau, della Proc. civ.*, III, p. 749; *Rauter*, § 443; *Zachariae*, *Aubry* e *Rau*, t. V, p. 406.)

426. — Può nominarsi un solo curatore.

Ma già, vigente la nostra antica giurisprudenza, talvolta due creditori ne facevano nominare uno per ciascuno; e fra' due preten-

denti, come affermano gli autori del *Novello Denisart*, attenevasi per la risoluzione non alla data della sentenza, ma alla data dell'insinuazione cui la nomina del curatore andava allora sottoposta (v. *Beni giacenti*, § 3, n. 6, e v. *Curatela*, § X).

Siccome oggidì la formalità della insinuazione non esiste, così con l'art. 999 C. pr. — 1075 si dichiara che:

« Nel caso di concorrenza di due o più eredi, il primo nominato sarà preferito senza bisogno di alcuna sentenza. »

Altronde tal caso avverrà di raro, dappoi- ché il curatore, come avvertimmo, può validamente nominarsi da un solo tribunale, quello cioè dell'apertura della successione, e se più tribunali aditi, sia simultaneamente, sia successivamente, per la nomina del curatore, ne avessero effettivamente nominato parecchi per la stessa eredità, in simil caso non il primo nominato verrebbe preferito, ma quello nominato dal tribunale del vero domicilio del defunto; la qual cosa renderebbe indispensabile la decisione di tal questione di domicilio (conf. Toullier, t. II, n. 399; Duranton, t. VII, num. 67; Pujol, articolo 814, num. 5; Carré, della Proc. cit., n. 3248).

427. — Chi sia stato nominato curatore dal tribunale può accettare o non accettare: è questo un semplice mandato cui è uopo applicare le regole ordinarie del mandato in generale (conf. art. 1984 e seg. — 185^a).

428. — Gli autori del *Novello Denisart* osservavano in quel tempo:

« Le persone che prescelgonsi per lo esercizio di tali specie di funzioni per lo più sono gl'istrumenti di coloro i quali le han fatto nominare ad oggetto di agire sotto il nome loro; e quindi ne emergono abusi tanto più gravi in quanto che le persone medesime sono di ordinario insolubili ed i procedimenti avverso di esse riescono sterili. » (V. *Beni giacenti*, § 3, n. 7).

Il vero si è che i curatori di ogni specie godevano nel nostro antico dritto pessima fama: noi già ne adducemmo le testimonianze (ved. il nostro tomo II, *Trattato dell'assenza*, numero 36.)

Ma è giusto oggidì confessare la loro buona fama, e non soggiacere presentemente tali nomine a siffatto discredito.

Non pertanto ciò non vuol dinotare godere essi in generale di un'alta reputazione di solvibilità; anzi potrebbesi scorgere un certo in-

dizio di diffidenza nella disposizione onde viene loro ingiunto di vendere i mobili e negasi ad essi l'amministrazione del contante (*infra*, n. 430); ma la ragione si è pure il legislatore non richiedere da loro veruna garanzia di sostituzione, cioè nè cauzione, nè ipoteca, nè giuramento (*infra*, n. 433, 434).

429. — B. Le funzioni del curatore vengono determinate con gli art. 813 ed 814 — 732 o 733 nel seguente modo:

Art. 813: « Il curatore di un'eredità giacente è tenuto prima di tutto di farne constatare lo stato per mezzo di un inventario: « ne esercita e promuove le ragioni: risponde « alle istanze promosse contro la stessa: e « l'amministra con l'obbligo di versare il con- « tante che si trova nell'eredità; come pure « quello ricavato dal prezzo de'mobili o degli « stabili venduti, nella cassa del ricevitore « della regia amministrazione, e ciò per la « conservazione de'diritti, e con l'obbligo di « renderne conto a chi sarà di ragione. »

Articolo 814: « Le disposizioni della sezione terza del presente capo, sopra la forma « dell'inventario, su' modi di amministrazione « ne e rendimento de' conti per parte dell'e- « rede beneficiario sono inoltre comuni a' cu- « ratori delle eredità giacenti. » (Agg. 4000, 4001 e 1002 C. pr. — 1076, 1077 e 1078).

430. — Torna incontrastabile esservi fra l'amministrazione dell'eredità beneficiario e quella del curatore destinato all'eredità giacente massima analogia, epperò non senza buon fondamento l'art. 814 le assomiglia; ma conviene riflettere non pertanto cotesto assomigliamento trovarsi ben lontano dall'essere compiuto: esso è relativo, in conformità dell'articolo in esame, alle forme dell'inventario, al modo di amministrazione ed a' conti da rendere; e, come osserveremo, eziandio in questo limite, rinvengonsi notevoli differenze fra l'una e l'altra amministrazione.

Di fatti il principio dell'una e dell'altra, l'origine da cui procedono, sono sommamente dissimili.

L'eredità beneficiaria è un'eredità, val dire un proprietario il quale amministra la propria cosa; debbe giovargli del residuo, se ve ne sia; ed il quale altronde, trovandosi in generale esso medesimo ridotto, di proprio volere, alla qualità di amministratore, può sempre, se così gli piaccia, liberarsi da tali impacci e disporre da padrone de' beni della eredità.

Ben diversa è la posizione del curatore, il quale per contrario è un semplice mandata-

rio, un vero *commissionato*, dice Chabot (articolo 814), incaricato di amministrare la eredità che non gli appartiene; nella quale non potrà mai nulla pretendere; ed il quale debbe sempre circoscriversi entro i limiti delle facoltà attribuitigli.

E di qui discendono importanti differenze tra l'erede beneficiato ed il curatore destinato alla eredità giacente.

434. — Laonde primamente non evvi luogo ad applicare al curatore l'art. 804, in conformità di cui l'erede beneficiato è tenuto delle sole colpe gravi nell'amministrazione onde trovasi incaricato.

L'art. 814 dichiara comuni al curatore le disposizioni della sezione III relativamente al modo di amministrazione dell'erede beneficiato; or la maggiore o minore responsabilità non è relativa al modo di amministrazione, ma alle conseguenze sue ed a' suoi risultati.

Dunque il curatore è tenuto, secondo il dritto comune, ad amministrare da buon padre di famiglia; e sarebbe responsabile delle sue colpe lievi, al pari di ogni altro mandatario (art. 450, 4137, 1992 — 373, 1091, 464; confr. Demante, t. III, n. 437 bis, V; Marcadé, art. 814; Chabot, art. 814; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, pag. 408; Massé e Vergé, t. II, p. 445.)

432. — La precedente soluzione debbetanto più venire ammessa in quanto che il curatore, a differenza dell'erede beneficiato, la cui amministrazione è gratuita, può per contrario ricevere compensamento, anzi in fatto è questo il generale sistema.

L'art. 814, il quale dichiara comuni al curatore le disposizioni della sezione III relative al beneficio dello inventario, non osta menomamente; ciò, avvegnachè in tal sezione non rinviensi alcuno articolo, il quale dichiari lo erede beneficiato non aver dritto a compensamento; o se abbiamo così diviso (supra, n. 233 e 240), il nostro divisamento muove soltanto dalla ragione di principio l'erede beneficiato amministrare la propria cosa: or tal motivo è inapplicabile al curatore. Non verrebbe invocato in contrario con maggior vantaggio l'art. 1986 — 1858, il quale dichiara gratuito il mandato; dappoichè è questa una semplice presunzione fondata su lo avere la legge considerato essere il mandato in generale un incarico assunto dal mandatario per riguardo alla persona del mandante; ma non è questo menomamente il carattere del man-

dato di un curatore destinato all'eredità giacente; ed il verosimile intendimento delle parti, il quale è la regola suprema d'interpretazione de' contratti, debbe far qui prevalere la presunzione affatto opposta (arg. dall'articolo 462, 5° comma C. com. — 454). Laonde è nopo confessare il curatore aver dritto a compensamento non solo quando siagli si attribuito con la sentenza onde venne nominato, ma eziandio quando la sentenza medesima non contenga all'obbietto veruna disposizione, salvo in tutti i casi lo adire il tribunale, se sorga qualche controversia, sia sul dritto stesso, sia su la sua ampiezza (confr. Chabot, art. 814; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, pag. 408; Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, n. 639.)

433. — Ed a riflettere pure alla differenza tra l'erede beneficiato ed il curatore, non esser costui tenuto a prestar cauzione.

In vero da un lato l'art. 814 dichiara comuni al curatore destinato alla eredità giacente le sole disposizioni relative al modo di amministrazione dell'erede beneficiato; or l'obbligo di dar cauzione, imposto cou l'art. 807 — 726, all'erede beneficiato, è relativo non al modo, ma unicamente alla garanzia della sua amministrazione.

E d'altro lato essendo il curatore tenuto a vendere i mobili corporali e far versare il costante ereditario nella cassa de' depositi (infra, num. 450), i motivi stessi i quali ha fatto richiedere la cauzione dall'erede beneficiato non campeggiano menomamente a suo riguardo (supra, n. 428; confr. decis. C. di Nanci 29 aprile 1843, il Ministero pubblico, Dev., 1843, II, 492; Duranton, t. VII, n. 70; Demante, t. III, n. 137 bis, IV; Taulier, t. III, p. 374; Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, n. 639.)

434. — Altronde il nostro Codice non ha ritenuto la disposizione dal nostro antico dritto attinta nella Novella 72 (cap. VIII), a norma di cui il curatore doveva prestare; innanzitutto prima di assumere lo esercizio dello sue funzioni: conseguentemente tale obbligo non potrebbe essergli imposto oggidì (confr. decis. C. di Bordò 4 apr. 1809, Boers, Sirey, 1813, II, 333; di Caen, 4° cam., 43 marzo 1821, vedova Leclerc; Delvincourt, tom. II, pag. 35, nota 6; Fuyard, Rep. v. Curatore, num. 4).

435. — Il curatore è il rappresentante dell'eredità, o quindi pure del successore, chiunque sia, il quale potesse dappoi dimandarla:

la sentenza di nomina gli conferisce o l'uopo un vero mandato in conformità dell'articolo 843.

Di qui discendono due correlative conseguenze:

1° Gli atti fatti da lui regolarmente, del pari che le sentenze emesse contro di lui, possono venire opposti agli eredi ed a tutti gli altri successori qualsivogliano, i quali dimandino ulteriormente la eredità.

E non è necessario però aver questi eredi o successori dapprima rinunziato: a fortiori indubitamente cotesta regola applicasi nella ipotesi di una rinunzia anteriore da parte dell'erede il quale voglia dappoi tornare ad adire la eredità, ipotesi contemplata con gli art. 462 e 790 — 385 o 707; ma la stessa regola è sempre applicabile in tutti i casi in distintamente (arg. dall' art. 1998 — 1870.)

436. — 2° Gli atti qualsivogliano, in cui il curatore avesse ecceduto le sue facoltà, si dovrebbero considerare non avvenuti riguardo agli eredi o altri successori i quali dimandano la eredità (arg. dagli art. 1465, 1351, 1997, 1998 — 1118, 1305, 1869, 1870.)

Laonde sarebbe nulla la vendita di un immobile ereditario, consentita dal curatore senza l'osservanza delle formalità giudiziali impostegli. È ben vero che la vendita fatta senza osservanza di formalità dall'erede beneficiario reputasi per contrario valida; ma la ragione si è l'erede beneficiario divenire allora erede purò e semplice (art. 988 C. pr. — 1064): or è manifesto nessun rimedio di tal genere poter preservare dalla nullità la vendita illegalmente fatta dal curatore: dunque tal vendita è nulla siffattamente che gli eredi o altri successori possono agire in linea di rivendicazione avverso i terzi acquirenti (*supra*, numero 417; Demante, tom. III, num. 137 bis. II; Zachariae, Aubry e Rau, tom. V, p. 409, 410).

437. — Il primo dovere del curatore, prima di tutto, dichiarano i testi in esame, si è il far comprovare lo stato della eredità per mezzo d' inventario, se non è stato fatto (articolo 843 C. Nap. — 732, e 1000 C. pr. — 1076).

In vero lo inventario è la base della sua amministrazione, nel tempo stesso che è il mezzo indispensabile dello adempimento dell'obbligo di render conto.

438. — Il curatore è parimente tenuto senza indugio di far vendere i mobili (*corporali*); a differenza dell'erede beneficiario, il quale ha

diritto, se voglio, di conservarli in natura (confr. art. 807 C. Nap. — 726; 989 e 1000 C. pr. — 1065 e 1076).

439. — Le formalità stabilite per lo inventario e la vendita di mobili sono quelle imposte dalla legge ne' titoli *Dello inventario e della vendita di mobili*, val dire le stesse formalità imposte, in simigliante caso, all'erede beneficiario (confr. art. 944, 952 e 989 C. pr. — 1047, 1028 e 1065).

440. Relativamente agli immobili ed alle rendite, l'art. 1001 C. pr. — 1077 si limita a dichiarare non potersi vendere senza osservare le forme stabilite pel beneficio dell'inventario.

Laonde vi è luogo ad osservare, circa gli immobili, gli art. 987 e 988 — 1063 e 1061, e, circa le rendite, l'art. 989.

Dalle quali cose conseguita la permissione del giudice esser necessaria per la vendita degli immobili, e non esserlo per la vendita delle rendite.

441. — Ad evidenza è uopo applicare, come in caso di beneficio dello inventario, per le rendite an lo Stato, il parere del Consiglio di Stato del 14 gennajo 1808, e per le azioni della Banca di Francia, il decreto del 25 settembre 1813 (*supra*, n. 279).

442. — Per ogni altro mobile incorporale, come erediti sopra privati, o un ufficio ministeriale di notajo, patrocinatore, ec., riornuto nella eredità, il legislatore non ne ha trattato nella sezione *Delle eredità giacenti* né in quella *Del beneficio d'inventario*.

Ed il suo silenzio dà luogo, relativamente alle facoltà del curatore, per lo vendita di queste specie di beni, agli stessi inconvenienti da noi incontrati rispetto all'erede beneficiario (*supra*, n. 264 e seg.); anzi la difficoltà è qui necessariamente maggiore, dappoiché il curatore, o differenza dell'erede beneficiario, è un semplice mandatario, il quale non può mai alienare in proprio nome.

Si affermerà forse alienare egli, se vi sia luogo, queste specie di beni sotto lo sua personale responsabilità, e l'alienazione esser valida, se costituisce un atto di utile amministrazione? ma ad evidenza non è questa una regola; è uno specie di espediente effettivamente non soddisfacente per alcuno; né pel curatore il quale non penserà mai (e troppo giustamente) ad esporsi a fare un atto nullo e soggiacere a condanna di ristoro di danni-interessi; né pe' terzi cui tali specie di contratti offrirebbero pochissima sicurezza; né final-

mente per la stessa eredità in nome di cui non potrebbero farsi, in queste condizioni, se non con svantaggio (ved. il nostro t. II, *Trattato dell' assenza*, n. III).

Dunque la regola che ci sembra applicabile in tali circostanze si è dovere il curatore adire il magistrato, il quale potrà, sia negare, sia accordare l'autorizzazione di vendere, ed il quale potrà, nell'accordarla, sottoporre la vendita a talune condizioni o formalità determinate con la sentenza medesima.

443. — Similmente sarebbe necessaria la autorizzazione del giudice per altri atti, anche più importanti i quali potessero riguardare la eredità vincente; come l'accettazione o la rinuncia ad una eredità spettata al *de cuius*, riguardo a cui non avesse deliberato: una divisione; una transazione; avvegnachè è manifesto esser questi atti di disposizione, che il curatore, rivestito di semplici facoltà amministrative, non potrebbe fare solo (confr. *Toullier*, tom. II, c. 401; *Vazeille*, art. 814, n. 2; *Zachariae*, *Massé e Vergé*, t. II, p. 445.)

È ben vero che nessun testo conferisce al magistrato talo attribuzione e non dichiara poter autorizzare il curatore in tali circostanze; ed osservammo, nel trattare del beneficio dello inventario, che, in conformità di una teorica assai invalsa, dal silenzio medesimo risulta il magistrato effettivamente non potere accordare queste specie di autorizzazioni (supra, n. 265).

Ma lo stesso nostro attuale subbietto, a parer nostro, costituisce una novella obbiezione, ed una delle più gravi avverso siffatta teorica; dappoichè, se questa fosse ben fondata, converrebbe applicarla al curatore del parie che all'erede beneficiato, essendo il silenzio della legge lo stesso per l'uno del pari che per l'altro: or, aella sua applicazione al curatore, cotesta teorica ci mena a vera impotenza e rende impossibili atti i quali potrebbero tornare sommamente utili alla eredità, ed alcuni de' quali spesso hanno un carattere di necessità indispensabile: quindi, secondo la costante pratica, i magistrati accordano al curatore queste specie di autorizzazioni (confr. *decis. C. di Riom* 42 marzo 1853, *Veyrières*, D., 1854, V. 374; *Demaate*, tom. III, numero 137 bis, I; *Berlin*, *Camera del Consiglio*, t. II, n. 4258 e seg.)

444. — Incontrastabile si ravvisa lo aver il curatore qualità per piangere in ogni materia, in nome della eredità; sia come convenuto, sia come attore; avvegnachè l'art. 814

— 733 espressamente gli conferisce il mandato di esercitare e conseguire i diritti ereditari e rispondere alle dimande formate contro di essa (confr. art. 83, 6, e 132 C. pr. — 177 e 223; e supra, n. 435.)

445. — *A fortiori*, ha il diritto ed anziandio il dovere di fare tutti gli atti di amministrazione propriamente detti: come le locazioni a condizione però di uniformarsi, per la durata e le epoche de' rinnovamenti, alle regole imposte agli amministratori de' beni altrui (art. 1718 — 1564); le riparazioni di manutenzione e eziandio le grandi riparazioni, salvo, se vi sia luogo, atteso l'importanza che potrebbero avere, e per altri motivi ancora, lo adire il tribunale (ved. il nostro *Trattato della minore età*, ec., tom. I, num. 649).

446. — Si è questionato se il curatore stesso possa riscuotere, sia i capitali, sia soprattutto gl'interessi, annuità annate, mercedi o fitti, i quali possono doversi alla eredità;

O se debba per contrario farli versare nella cassa de' depositi.

E, per sostenere potere esso medesimo direttamente riceverli, ragioni avasi così:

1° A norma degli art. 813 ed 814 — 732 e 733, il curatore è incaricato di amministrare la eredità, con le stesse facoltà dell'erede beneficiato, non avendole la stessa legge modificate a suo riguardo; e conseguentemente debbe avere, come l'erede beneficiato, il diritto di ricevere la rimborazione de' debiti attivi, se nessun testo glielo toglia;

Or l'art. 813 lo astringe a far versare nella cassa de' depositi il contante che si trova nell'eredità (val dire il contante esistente nel momento della morte del *de cuius*), come pure quello ricavato dal prezzo de' mobili o degli stabili venduti;

Dunque ha qualità per ricevere esso medesimo ogni altro contante.

2° Evvi effettivamente tra due casi una differenza; e ben si comprende che la legge, lasciando al curatore lo incarico di agire contro i debitori ed amministrare la eredità, gli ha lasciato nel tempo stesso il diritto di ricevere i capitali e segnatamente le rendite; sia affinché sapesse ciò che ciascuno de' debitori avesse pagato e ciò che gli rimanesse a riscuotere: sia affinché conservasse talune somme pe' bisogni della sua amministrazione (confr. *arresto C. cass.* 13 giugno 1810, *Esbran*, Dev., 455, II, 173, nota 4; *decis. C. di Bordò* 24 mag. 1851, *Doblesson*, Dev., *cod. loc.*)

Non pertanto la opposta dottrina è da luan-

go tempe prevalsa, e con somma ragione a parer nostro:

È vero il testo dell' art. 813 trovarsi compilato in termini troppo restrittivi; ma lo intendimento del legislatore rimane sempre indubitato. Di fatti il legislatore ha voluto preservare dalla mala fede o dalla insolubilità de' curatori il contante, il quale può venire sì agevolmente sottratto: or che mai munta l'origine del contante, l'essersi rinvenuto nella eredità, provenire dalla vendita de' beni o da' pagamenti fatti da' debitori? le differenze che si è voluto fermare all' uopo ad evidenza non hanno veruna importanza, e dappoiché il curatore va, in tutti i casi, indistintamente immune dal prestare cauzione, è mestieri del pari che, in tutti i casi, faccia versare il contante, qualunque siano la provenienza, nella cassa de' depositi.

Tal conclusione parrebbe applicarsi altresì alle rendite, agl' interessi, annualità maturato. mercedi o pigioni; e nondimeno conveniamo poter allora sembrare eccessiva, tanto più che le rendite delle eredità giacenti non sono di ordinario di grave importanza, e la riscossione delle rendite medesime è un atto di amministrazione: quindi abbiamo ravvisato in pratica gli stessi curatori direttamente riscuoterle, senza opposizione da parte de' conduttori, nè da parte del direttore della cassa de' depositi (confr. circol. minist. del 8 lug. 1806; decis. C. di Nanci 29 apr. 1843, Min. pubbl. Dev., 1843, II, 492; di Rouen 21 gennaio 1853, Lefebvre, Dev., 1853, II, 417; Delvincourt, t. II, p. 35, nota 9; Toullier, t. II, n. 402; Chabot, art. 813, n. 2; Zachariae Aubry e Rau, t. V, p. 407; Massé e Vergé, t. II, pag. 445; Demante, t. III, n. 437 bis, III; Dcaurroy, Bonnier o Roustaing, tom. II, num. 639).

447. — Ma nulladimeno sempre allo stesso curatore compete lo agire avverso i debitori ereditarii e procedere alle riscossioni (articolo 813 — 732).

E conseguentemente altresì compete a lui il rilasciare quietanza a' debitori, dietro esibizione delle ricevute de' versamenti che han dovuto ottenere dal direttore della cassa dei depositi.

È uso rilasciarsi la quietanza dal direttore della cassa, ed apporvisi il visto dal curatore: lo scopo della legge viene così sempre raggiunto.

448. — A norma dell' art. 813, il curatore doveva nella cassa del ricevitore dell'am-

ministrazione de' demanii far versare il contante della eredità, o le somma che possono esserle dovute.

La cassa di ammortizzazione venne poscia surrogata all' uopo alla cassa di quell' amministrazione (legge del 28 nevoso anno XIII; parere del Consiglio di Stato de' 19 settembre 1809).

E da ultimo la stessa cassa di ammortizzazione venne dappoi surrogata, per questa specie di deposito, come per ogni altro, dalla cassa de' depositi (legge del 28 apr. 1816, art. 140, 142; ord. del 3 luglio 1816, art. 2; num. 13).

449. — Dunque è dovere del curatore il far versare nella cassa medesima tutte le somme appartenenti alla eredità; e se esso medesimo le avesse riscosse, potrebbesi sostenere doverne gl' interessi a computare dal dì della riscossione fattane a titolo di danni-interessi (arg. dagli art. 1382 C. Nap. — 1336, e 1389 C. com. — 553; confr. arreso C. cass 21 giugno 1825, Masson, D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 993).

450. — La personale responsabilità del curatore non è altronde la sola sanzione del divieto fattogli con l' art. 814 — 733 di ricevere esso medesimo le somme dovute alla eredità.

In vero il testo medesimo, dichiarandolo incapace di ricevere, la conseguenza si è i terzi i quali avessero pagato a lui non trovarsi liberati, eccetto quando dimostrassero le somme sborsate essersi impiegate a pro della eredità; come se, a cagion di esempio, il curatore medesimo le avesse immediatamente versate nella cassa de' depositi, o le avesse adoperate al pagamento de' crediti non controversi (articolo 1241 — 1494; confr. arreso C. cass. 43 giugno 1810, Esbran, Dev., 1855, II, 473, nota 4; Duranton, t. VII, n. 70; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 406.)

451. — Altronde per quanto assoluta sia tale obbligazione del curatore di far versare tutte le somme ereditarie nella cassa de' depositi, è nondimeno manifesto non impedire che i compratori degl' immobili si liberino validamente, secondo il dritto comune, sborsandone il prezzo a' ereditori privilegiati o ipotecarii in grado utile per riceverlo (arg. dagli art. 806 C. Nap. — 724, e 991 C. pr. — 1067, circolare del gran giudice del 12 messidoro anno XIII; confr. decis. C. di Nanci 29 apr. 1843, Ministero pub., Dev., 1843, II, 492;

Toullier e Duvergier, t. II, n. 302-404; Chabot, art. 813, n. 4).

452. È da riflettere altresì potere il curatore venire autorizzato dal magistrato a riscuotere, sia dai debitori ereditari, sia dalla cassa de' depositi, le somme necessarie alla sua amministrazione: la ragione o piuttosto la necessità richiede questo temperamento; ed il testo medesimo dell'art. 814, incaricando il curatore di amministrare virtualmente il ritene (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. V. pag. 407).

453. — La Corte di Donai parrebbe aver giudicato che i curatori destinati alla eredità giacente possano venire investiti dal tribunale che li nomina di facoltà più ampie di quelle loro conferite con gli art. 813 ed 814, e che segnatamente possano venire autorizzati a riscuotere essi medesimi i debiti attivi della eredità e pagare i suoi debiti passivi con le somme introitate (Decis. 6 genn. 1849, La-voisier, D., 1849, II, 96; confr. eziandio decis. C. di Bordò 24 maggio 1854, Deblesson, Dev., 1855, II, 474).

Se tale fosse la dottrina seguita in quella decisione, a noi riuscirebbe malagevole ammetterla.

In vero le facoltà del curatore trovansi determinate dalla stessa legge, nello interesse de' terzi e degli aventi dritto i quali potessero dappoi presentarsi; e non avvisiamo competere al magistrato, dalla legge soltanto incaricato di nominarlo, estendere nè modificare il suo legale mandato, tal quale rinviensi fermato da' testi.

454. — Non amministrando il curatore il contante ereditario, non può però direttamente soddisfare i creditori della eredità nè i legatarii; ed appunto in questo senso le circolari ministeriali e le istruzioni dell'amministrazione dispongono non poter egli fare alcun introito nè alcun esito (24 germile anno XII; 6 piovoso anno VI; 8 lug. 1806 ed 8 genn. 1808).

Ma egli disimpegna le funzioni di ordinatore, per modo che spetta a lui rilasciare i mandati di pagamento.

In pratica, ed in conformità delle istruzioni su riferite, il pagamento ha luogo dietro ordinanze del tribunale, sino alla concorrenza degl' introiti fatti per conto della eredità (arg. dall'articolo 489 C. com. — 481; confr. Toullier, tit. II, numero 402; Chabot, articolo 813, num. 3; Duranton, t. VII, numero 70; D., *Rac. alfab.*, v. *Succes.*, num.

989; Bertin, *Camera del consiglio*, t. II, n. 1255).

455. — Salvo la differenza di non pagare lo stesso curatore, evvi luogo ad applicare, circa il modo di pagamento de' ereditori e legatarii, le medesime regole che in caso di beneficio d' inventario.

Val dire essere applicabili gli art. 808 ed 809 — 727 e 728; e conseguentemente dilemma:

O vi sono opposenti, ed allora i ereditori ed i legatarii possono venire soddisfatti unicamente nell'ordine e nel modo stabiliti dal magistrato;

O non vi sono opposenti, ed in questo caso i ereditori ed i legatarii debbono venire soddisfatti secondo che si presentano (supra, n. 285 e seg., art. 814; Demante, t. III, n. 437 bis, IV).

456. — Altronde avvisiamo più generalmente la giacenza della eredità produrre gli stessi effetti del beneficio dell' inventario, nè più nè meno, relativamente a' dritti de' ereditori e legatarii:

Sia avverso la eredità;

Sia tra essi rispettivamente.

Tale ci sembra essere la regola.

457. — Laonde i ereditori conservano avverso la eredità giacente, del pari che avverso la eredità accettata col beneficio dell' inventario, i loro dritti d' individuale procedimento (supra, n. 228), e segnatamente possono far procedere a sequestri presso i debitori della eredità, sotto l' unica condizione le somme sequestrate doversi pagare al sequestrante per mezzo della cassa de' depositi, in cui dovranno preventivamente versarsi dal terzo sequestrato (confr. decis. C. di Rouen 21 genn. 1853, Letellier, Dev., 1853, II, 447).

Indarno si è obbietato, sommarmente diverso in ciò dall'erede beneficiario il quale amministra nel proprio interesse, essere il curatore puramente e semplicemente un amministratore nello interesse di tutti gli aventi diritto (confr. sent. del trib. civ. dell' Havre del 10 nov. 1854, Dev., loc. supra cit.; D., *Rac. alfab.*, v. *Succes.*, n. 4000).

La risposta si è cotesto amministratore non essere lo speciale rappresentante de' ereditori ereditarii, ed allora nessun testo privare i ereditori medesimi del diretto e personale diritto, lor competente, di esercitare essi medesimi procedimenti.

458. — Generalmente viene insegnato del pari la separazione de' patrimonii aver luogo di

pieno diritto in caso di giacenza della eredità come in caso di beneficio d'inventario (confr. decis. C. di Amiens 14 giugno 1853, *Forzy*, *Dev.*, 4853, II, 537; *Troplong, de Priv. ed ipot.*, t. III, n. 651; *Blondeau, della Separ. de patrim.*, p. 503; *Zachariae, Aubry e Rau*, t. V, p. 238).

È noto qual valore abbiamo attribuito a cotesta dottrina in caso di accettazione col beneficio dello inventario (*supra*, n. 471 e seg.).

Ma, rispetto al caso di eredità giacente, puossi affermare essere ben fondata, nel senso che da un lato la separazione dei patrimoni essendo un mezzo concesso ai creditori della eredità di venire soddisfatti sui beni ereditari in preferenza dei creditori particolari dell'erede; e d'altro lato la giacenza della eredità facendo presumere non esservi erede, nè conseguentemente creditori particolari di erede, torna manifesto i beni della eredità rimanere allora, per la stessa forza delle cose, esclusivo pegno dei creditori ereditari.

Ma la questione consiste nel conoscere se i creditori della eredità ed i legatarii debbano sempre porsi in regola, nei termini stabiliti dalla legge, per ottenere la separazione dei patrimoni, nel caso in cui si presentassero dappoi eredi; la qual questione bentosto verrà da noi disaminata.

459. — La giacenza della eredità, al pari del beneficio dello inventario, non debbe, a parer nostro, di per sè sola rendere esigibili, avverso la eredità, i debiti passivi non maturati (*supra*, n. 407).

460. — Neppure esitiamo ad applicare alla eredità giacente, come gli applicammo al beneficio dello inventario, gli art. 552 e seg. C. com. — 541 (confr. *supra*, n. 353; *arresto C. cass.* 22 genn. 1840, *Gaillard, Dev.*, 1840, I, 275).

461. — È uopo affermare altrettanto circa l'art. 2116 — 2040.

È ben vero la disposizione di questo articolo essere eccezionale, e, sotto taluni rapporti, esorbitante, ed applicarsi, nei suoi termini, al solo caso in cui la eredità venga accettata col beneficio dello inventario.

Ma lo essenziale principio su cui poggia tal disposizione ne richiede nel modo più imperioso l'applicazione alla eredità giacente. In vece la legge, per fermarla, si è attenuta alla idea non essersi accettata; non essere succeduto altro debitore a quello trapassato; i beni esistenti formare in avvenire il pegno

unico di tutti i creditori; ed importare, nello interesse di eguaglianza e di buona fede, ad obbietto di antivenire le frodi, ciascuno venir soddisfatto secondo lo stato attuale del suo titolo, come se lo invertimento dei beni in contante potesse istantaneamente seguire: or questa situazione è pura, e segnatamente quella della eredità giacente (confr. *Merlin, Quist. di Dir.*, v. *Eredità giacente*, § 4; *Troplong, de Priv. ed ipot.*, n. 659 *ter.*) 426. — Altronde i creditori ed i legatarii hanno però il diritto di dimandare al curatore conto della sua amministrazione; e costui è in obbligo di esibir loro, ad ogni richiesta, uno stato di situazione, salvo lo inviarli, se vi sia luogo, ad agire contro il direttore della cassa dei depositi (confr. *Zachariae, Aubry e Rau*, t. V, p. 409).

463. — Questo diritto di dimandare al curatore stati di situazione ci sembra competente del pari al direttore della cassa dei depositi.

L'art. 843 — 732, il quale impone al curatore l'obbligo di versare il contante ereditario nella cassa medesima, suppone virtualmente il diritto correlativo del direttore della cassa di vigilare e chiederne il versamento.

Ed in vero tal garanzia è necessaria allo adempimento di cotesta importante obbligazione del curatore, soprattutto circa il contante rinvenuto nella eredità, nel momento della morte del *de cuius*, e riguardo a cui nessuna altra responsabilità tranne la sua verrebbe incorsa in mancanza di versamento nella cassa.

Laonde avvisiamo, in opposizione del divasamento de' nostri dotti colleghi *Aubry e Rau* (*loc. supra cit.*), il direttore della cassa dei depositi avere questo diritto, senza esser necessario che la sentenza di nomina del curatore glielo abbia specialmente attribuito, salvo però, in caso di opposizione del curatore, il tornare ad adire il tribunale (confr. *arresto C. cass.* 20 genn. 1807, *C... N...*, *Sirey*, 1807, I, 59; *decis. C. di Nanci* 27 apr. 1843, *pub. Min.*, *Dev.*, 1843, II, 492; *circol. del 8 luglio 1806*; *parere del Consiglio di Stato del 13 ott. 1809*; *decis. del Ministro delle finanze del 20 ott. 1826*; *circol. dell'amm. del registro del 6 ott. 1826*; *Trolley, della Gerarchia amministr.*, t. II, n. 849).

464. — Le circolari ed istruzioni amministrative, relativamente alle eredità giacenti, spesso proclamano l'interesse ed il diritto

dello Stato a vigilarne l'amministrazione; sia perchè trovasi eventualmente chiamato a conseguire la eredità; sia perchè, assumendo a carico suo le spese d'istruzione, di opposizione di suggelli ed inventario, in caso di insufficienza dell'attivo, la reciprocanza richiede che ne venga rimborsato, in tutto o in parte, quando l'attivo il permetta (confr. le circolari precitate supra, n. 454; e la decis. della Corte di Rouen del 21 genn. 1853, Letellier, Dev., 1853, II, 417).

Non pertanto è rilevante il riflettere lo Stato non potere sperimentare diritti su la eredità, qualora non si presenti per dimandarla (supra, n. 416); e l'amministrazione dei demanii, la quale lasciasse la eredità in istato di giacenza, non potrebbe però costringere il curatore a rilasciarne l'attivo.

465. — C. Le funzioni del curatore cessano, quante volte la eredità venga dimandata da un successore qualsivoglia, erede legittimo, successore irregolare, donatario o legatario universale.

Anzi abbiamo ravvisato cessare allora di pieno diritto (supra, n. 405).

466. — Torsa manifesto il mandato del curatore finire con la sua morte (arg. dagli art. 1032, 2003, 2010—987, 1875, 1882).

Il curatore potrebbe anzi dimandare l'aspirante esonerato (articolo 2007 — 4879; supra, n. 427).

Del pari che la revocazione del medesimo potrebbe pronunziarsi dal tribunale, ex causa, come insegnava Basset (t. II, lib. IV, tit. XIV, cap. X), per infedeltà, incapacità o negligenza, dietro dimanda delle parti interessate.

E ci pare che il procuratore imperiale, cui l'art. 812 — 731 conferisce diritto di dimandare la nomina del curatore, virtualmente abbia il diritto di dimandare la nomina di un novello curatore in surrogazione del curatore in esercizio, quante volte creda esservi luogo a mutarlo.

467. — Il curatore o i suoi eredi son tenuti a render conto a chi di diritto; sia agli eredi; sia ad ogni altro successore, ovvero alla persona incaricata della provvisoria amministrazione della eredità; sia finalmente al novello curatore.

Le regole relative al rendimento del conto medesimo son quelle da noi esposte circa il conto da rendersi dall'erede beneficiario (articolo 814 — 733), con la differenza nondimeno che il curatore, non facendo riscos-

sioni nei pagamenti, i capitoli dello introito e dell'esito consistono nel conto in uno stato indicante le date dei versamenti fatti nella cassa dei depositi o dei pagamenti fatti dalla cassa medesima, in forza dei suoi mandati.

Le spese di amministrazione debbono però collocarsi in prima categoria, con debiti privilegiati (supra, num. 344); e fra queste spese comprendonsi gli onorarii o indennità attribuiti al curatore.

CAPITOLO VI.

DELLA DIVISIONE E DELLE COLLAZIONI.

SOMMARIO.

468. — Del caso in cui la eredità sia spettata ad un solo erede.

469. — Nel caso più frequente in cui la eredità sia spettata a più eredi conveniva determinare le loro relazioni, sia tra essi, sia verso i creditori della eredità ed i legatarii.

470. — Tal è l'oggetto del capitolo VI ed ultimo di questo titolo. — Osservazione.

471. — Le disposizioni di questo capitolo sono in generale applicabili a tutti i successori universali o a titolo universale.

472. — Conclusione. — Le disposizioni di questo capitolo, relative alla divisione, sono anche applicabili generalmente a tutti i casi in cui siavi luogo a divisione, sia di una universalità qualsivoglia, sia di una cosa singolare.

473. — Divisione generale.

468. — Quando la eredità sia spettata ad un solo erede, nulla avvi di più semplice.

Egli consegue tutto l'attivo;

Soggiace a tutto il passivo.

E le disposizioni di questo ultimo capitolo del titolo in esame non lo riguardano, tranne quelle relative al pagamento dei debiti ed alla separazione dei patrimonii (articoli 877 e seg. — 797).

469. — Ma per contrario, nel caso più frequente in cui parecchi eredi vengano chiamati alla eredità, conveniva determinare le loro relazioni, diritti ed obbligazioni:

Sia tra essi;

Sia verso i creditori della eredità ed i legatarii.

470. — Tal è il doppio oggetto di questo capitolo VI, la cui intitolazione non è esatta e non dinota tutte le materie racchiusevi.

In vero la rubrica *delle divisioni e delle collazioni* supporrebbe trattarsi delle sole relazioni dei coeredi rispettivamente gli uni riguardo agli altri.

Mentre il capitolo determina inoltre le re-

lazioni degli eredi verso i terzi, creditori o legatarii del defunto.

471. — È verità da lungo tempo riconosciuta l'essere le disposizioni di questo capitolo VI in generale applicabili a tutti i successori qualsivogliano, eredi legittimi, successori irregolari, donatarii o legatarii universali o a titolo universale (ved. il tomo I, num. 80 ed 80 bis).

Indubitabilmente evvi un determinato ordine di regole, le quali non sono indistintamente applicabili fra tutti i successori (ved., per esempio, art. 857 — 776).

Ma la nostra proposizione, nella sua generalità, rimane sempre ben fondata; ed è indubitato quasi lo intero capitolo VI, principalmente circa le disposizioni relative alla divisione, essere applicabile a tutti coloro i quali, in forza di un titolo qualsivoglia, conseguano una porzione della universalità ereditaria.

472. — Anzi è uopo andare più oltre ed ammettere che nella maggior parte le disposizioni di questo capitolo relative alle formalità ed agli effetti della divisione, comunque direttamente riguardano la divisione delle eredità, sono applicabili:

Sia alla divisione di ogni universalità, sia qualunque la causa della indivisione;

Sia alla divisione di cose particolari ed individualmente considerate.

In vero gli autori del nostro Codice han trattato della divisione in questo capitolo in compiuto modo; e non sonosene poscia più occupati altrove: dunque debbesi dividere avere eglino inteso le disposizioni di questo capitolo regolare in generale tutte le divisioni; dappoichè, se non avvenisse così, mancherebbero assolutamente le regole in tutti gli altri casi.

La loro volontà all'obbietto, relativamente alla divisione delle universalità indivise, trovansi anche positivamente appalesata in più testi (art. 1476, 1872 — 1744).

E, circa la divisione delle cose singolari, la ragione comanda applicarvisi altresì in generale, rispetto alle forme ed agli effetti della divisione, le disposizioni del titolo in esame, quante volte l'applicazione non ne venga esclusa, sia da un testo, sia da un motivo essenziale di differenza fra le due situazioni (confr. Merlin, *Rep.*, v. *Divisione*, § 40, n. 1; Zuebarine, Aubry e Rau, t. I, p. 405; Demante, t. III, n. 438 bis).

473. — Questo capitolo VI va deciso in

cinque sezioni, le quali trattano successivamente:

Sezione I: *Dell'azione per la divisione e della sua forma.*

Sezione II: *Delle collazioni.*

Sezione III: *Del pagamento dei debiti.*

Sezione IV: *Degli effetti della divisione, e della garanzia delle rispettive quote.*

Sezione V: *Della rescissione in materia di divisione.*

Avvisiamo che non sarebbe tornato impossibile nè troppo malagevole investigare una ripartizione più razionale e metodica di siffatte importanti materie.

Ma, a parer nostro ancora, il più sicuro partito in questa come in tutte le altre congiunture si è il tener dietro al general disegno del nostro Codice, anzichè il sovvertirlo: talchè esporremo le varie sezioni su riferite nell'ordine onde esso medesimo le ha fermato, salvo l'offrire, intorno a ciascuna di esse, le divisioni che ci parranno utili al dottrinale sviluppo dei principii.

SEZIONE I.

Dell'azione di divisione e della sua forma.

SOMMARIO.

474. — Divisione.

474. — Dobbiamo esaminare, in questa prima sezione, quattro principali punti riguardanti:

1° Lo stato d'indivisione, ed il diritto competente a ciascuno dei coeredi di dimandare la divisione;

2° La capacità richiesta per procedere alla divisione;

3° La forma della divisione;

4° Il retratto successorio, val dire la facoltà dalla legge concessa a ciascuno dei coeredi di escludere dalla divisione ogni persona non capace di succedere cessionaria di un diritto ereditario.

§ I.

Dello stato d'indivisione, e del diritto competente a ciascuno d'coeredi di dimandare la divisione.

SOMMARIO.

475. — Quando più eredi vengono chiamati alla eredità, trovansi di necessità, sin dal momento dell'apertura della successione, in stato d'indivisione o comunione.

476. — È importante non confondere tale stato di comunione o indivisione con la società.
477. — Continuazione.
478. — Continuazione. — L'art. 1848, riguardando i socii, non è applicabile ai coeredi.
479. — È a dire lo stesso dell'art. 1849.
480. — Durante la indivisione, ciascuno de' coeredi ha diritto di agire, sino alle contorrenze della sua quota, pel pagamento dei crediti ereditari.
481. — Ciascun de' coeredi non ha forse ancora durante la indivisione, il diritto di agire per la quota sua in linea di revocazione avverso i terzi possessori degli immobili ereditari?
482. — Quando uno de' coeredi, pure e semplice e beneficiario, si rende cessionario di un credito avverso la eredità, con vantaggiose condizioni, può forse esser tenuto a far partecipare i suoi coeredi al vantaggio di tale operazione?
483. — I coeredi o economisti indivisi reputansi sempre possedere gli uni per gli altri.
484. — Nessuno de' coeredi in generale può amministrare la massa de' beni ereditari in nome degli altri, ad consentire atti obbligatori pe' suoi coeredi.
485. — Continuazione. — In qual modo o da chi, durante la indivisione, i beni comuni degli indivisi amministrati?
486. — Gli inconvvenienti ed i pericoli della indivisione sono essano scavalati che il legislatore ha fermato per massima nessuno poter essere astretto a rinunciarvi.
487. — Continuazione. — Questa massima è di ordine pubblico.
488. — Questa massima è applicabile in tutti i casi, sempre, dichiara l'art. 515. — Esempio.
489. — Continuazione.
490. — Continuazione.
491. — Continuazione.
492. — Di alcuni beni indivisi, di cui non puossi domandare la divisione.
493. — Continuazione.
494. — Quando una parte de' beni ereditari non sia suscettiva d'immediata divisione, puossi forse domandare la divisione de' beni immediatamente divisibili?
495. — La regola potersi sempre domandare la divisione soggetta a due eccezioni:
496. — A. Puossi convenire rimanere sospesa la divisione durante un determinato periodo di tempo. — Motivo.
497. — Durante quei periodi di tempo la divisione può rimanere sospesa?
498. — La convenzione può rinverarsi.
499. — Continuazione.
500. — Il novello termine decorre forse soltanto dal giorno stabilito con la precedente convenzione, ovvero per contrario dal giorno stesso della novella convenzione?
501. — Quid, se la convenzione sospensiva della divisione si fosse fatta per un termine eccedente il quinquennio?
502. — Quid, se si sia fatta senza prefiggere alcun termine?
503. — Non puossi mai eccedere il termine del quinquennio, qualunque sieno altronde le clausole della convenzione sospensiva della divisione. — Esempi.
504. — La convenzione sospensiva della divisione debbe forse inserirsi in iscritto?
505. — Quid, se la convenzione sospensiva della divisione si fosse conclusa fra alcuni soltanto de' coeredi i medesimi senza concorrervi gli altri?
506. — Continuazione.
507. — Continuazione.
508. — Qual è mai il carattere della convenzione sospensiva della divisione? Costituisce forse un contratto di società?
509. — La convenzione sospensiva della divisione può forse venire opposta a' creditori personali de' coeredi?
510. — Può forse venire opposta al terzo compratore?
511. — Il *de eufor* ha forse potuto validamente imporre all'agente da lui istituito, ovvero a' suoi legittimi eredi la condizione di non domandare la divisione per un quinquennio?
512. — Quid circa tal condizione, inserita in una donazione tra viri?
513. — La convenzione sospensiva della divisione osta forse alla domanda di una divisione provvisoria?
514. — La regola e la eccezione testè esposte sono applicabili alla vendita alle incanto come alla divisione.
515. — B. La seconda eccezione alla regola potersi la divisione sempre domandare ha luogo in due casi:
516. — I. Il primo caso è quello in cui siasi stato atto di divisione. — Quale è il senso di questa disposizione?
517. — Continuazione.
518. — Continuazione.
519. — La divisione, per essere valida, debbe forse di necessità farsi per iscritto?
520. — Continuazione.
521. — Continuazione.
522. — Del caso in cui siasi stato un atto scritto di divisione irrito e nullo.
523. — II. Il secondo caso in cui la divisione non può più domandarsi è quello in cui siasi stato possesso sufficiente ad acquistare la prescrizione. — Per massima l'azione di divisione è imprescrittibile. — Per qual motivo?
524. — Continuazione. — E uopo non confondere la prescrizione di eredità con l'azione di divisione.
525. — Continuazione. — Qual è mai il carattere della prescrizione, per effetto di cui può venire esclusa l'azione di divisione?
526. — Esposizione de' casi in cui l'azione di divisione può venire esclusa dalla prescrizione.
527. — A. Del caso in cui uno de' coeredi abbia separa-
mente goduto di parte de' beni ereditari. — E uopo forse esservi stata diversione di titolo?
528. — In qual modo il possesso separato può dimostrarsi?
529. — Quale è mai in questo caso la durata della prescrizione?
530. — Da qual giorno debbo cominciare e computarsi?
531. — E uopo forse, circa la durata della prescrizione, distinguere se trattasi di mobili e immobili?
532. — Continuazione.
533. — In tutto ciò trattasi soltanto de' coeredi tre essi. — Quid riguardo a' terzi acquistati?
534. — Continuazione.
535. — Altronde trattasi qui di prescrizione ordinaria. — Conseguenze.
536. — Continuazione.
537. — Quid, se quella fra coeredi, avverso il quale non fu-

se decade la prescrizione, dimandasse la divisione? Sarebbe forse lecuto conferire nella massa i beni di cui avesse avuto separato godimento?

538. — Colui il quale abbia avuto separato possesso di alcuni beni e contro il quale abbia potuto decorrere la prescrizione, può forse nondimeno dimandare la divisione contro gli altri rimasti nella indivisione?

539. — B. Del caso in cui ciascuno de' coeredi avesse goduto separatamente di porzioni distinte, eguali o ineguali dei beni ereditari.

540. — Continuazione.

541. — Quid, se le porzioni di cui ciascuno de' coeredi ha goduto separatamente sieno ineguali?

542. — E uopo che i godimenti separati non abbiano avuto luogo in forza di provvisoria divisione.

543. — C. Del caso in cui un solo de' coeredi abbia posseduto pro suo, tutti i beni ereditari.

544. — D. Del caso in cui più coeredi abbiano indivisamente goduto di tutti i beni della eredità ad esclusione di uno o più de' loro coeredi.

545. — Continuazione. — Quid se que' coeredi i quali abbiano fatto tra essi la divisione della eredità avessero riservata la porzione del loro coerede?

546. — Gli atti interruttivi della prescrizione dell'azione di divisione, fatti da uno de' coeredi contro uno de' coeredi suoi han forse effetto contro gli altri coeredi?

547. — Continuazione.

473. — Quando più eredi vengano chiamati alla eredità, di necessità trovansi, sin dal momento dell'apertura della successione, in istato d'indivisione o comunanza.

Comunque ciascuno di essi vi sia chiamato solo per una parte, è manifesto le loro porzioni, eguali o ineguali, potersi effettivamente determinare mercè la operazione della divisione, almeno circa i beni corporali (*infra*, articolo 883 — 803).

Il possesso legale, di cui gli eredi legittimi vengano investiti, non potrebbe altronde esimerli, al pari degli altri successori non impossessati, da questa necessità materiale e di fatto.

476. — È rilevante il non confondere tale stato di comunanza o indivisione con la società.

La società si forma sempre mercè contratto (art. 1832 — 1704): *voluntarium consortium*, diceva Papiniano (L. 52, § 8, ff., *pro socio*); mentre la comunione per lo più trae origine da circostanza indipendente dalla volontà dei condomini. È ben vero che tal differenza non è essenziale nè precisamente caratteristica; dappoi che talvolta la stessa semplice comunanza procede dalla convenzione delle parti; come quando, per esempio, più persone comprino una cosa in comune, ov-

vero, per non dipartirsi dal nostro subbietto, quando i coeredi convengano prorogare, durante un determinato periodo di tempo, la loro indivisione (*infra*, n. 504; *confr.* *arresto* C. cass. 4 gen. 1842, Marrot, Dev., 1842, 1, 231). E non pertanto non era inopportuno fermare qui tal differenza; dappoi che di fatti la comunanza esistente fra coeredi procede ad evidenza sempre da causa estranea ad un concorso di volontà da parte loro: *quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum*, secondo la elegante espressione di Paolo (L. 25, § 16, ff. *famil. ercisc.*)

Ma il carattere affatto distintivo della società dalla comunione si è che la società viene contratta nella mira di dividere il guadagno che potrà risultare da un oggetto posto all'uso in comune (art. 1832); e che essa forma fra socii una specie di ente di ragione; e che conseguentemente obbliga ciascuno di essi a lavorare per conto della società e non sacrificare l'interesse collettivo all'interesse individuale; mentre la comunione è uno stato meramente passivo non costituente veruna individualità; in cui i condomini sono uniti in certo modo per la cosa medesima, *in re ipsa* (L. 32, ff. *pro socio*); ed il quale, ben lungi dallo stabilire tra essi veruna obbligazione simigliante, lascia per contrario a ciascuno, con tutta la sua indipendenza di azione, il diritto di attenersi al suo particolare interesse.

477. — Fra coloro che trovansi in comunione formasi indubitabilmente altresì un determinato ordine di relazioni, da cui rispettivamente discendono diritti ed obbligazioni simiglianti, sotto più rapporti, ai diritti ed alle obbligazioni producenti dalla società fra socii.

Precisamente in questo senso Domat insegnò che « le obbligazioni dei coeredi fra essi sono di due specie, cioè una di obbligazioni precedenti la divisione; l'altra di obbligazioni che formansi con la divisione medesima. » (*Leggi civili*, lib. 1, tit. 1, sez. XII, *Introd.*, e n. 4, 8); ed egli annovera fra le obbligazioni precedenti la divisione tutte quelle precisamente derivanti dallo stato di comunione e relative all'amministrazione, al godimento dei beni indivisi, alle spese o danni, di cui tali beni han potuto costituire l'oggetto da parte di alcuni dei coeredi: di fatti osserveremo che il determinamento di tali obbligazioni, cui la indivisione ha potuto dar luogo, forma uno degli elementi importanti dell'or-

perazione della divisione (art. 828, 829 infra — 747, 748).

Precisamente sotto questo punto di veduta, considerando tale ordine di relazioni, spesso si è denominata la comunione *quasi-società*, e le persone in comunione *quasi-soci*: son queste pure le espressioni adoperate da Pothier nel suo *Trattato del quasi-contratto di comunione* (prima appendice del *Contratto di società*, n. 484 e seg.; ved. eziandio il titolo del Dig. *Comm. divid.*)

Ma è essenziale il premunirsi avverso tale assimilazione e non dimenticare la regola testè formata, cioè nella comunione rinvenirsi soltanto condomini indivisi, non vincolati l'uno verso l'altro da alcuna speciale obbligazione, ed i quali, avendo, ad onta della comunione, ciascuno il suo diritto di proprietà, *ut singuli*, possono quindi, ciascuno dal lato proprio, agire nel proprio individuale interesse.

478. — Laonde, per esempio, nel caso in cui uno dei coeredi sia, per suo particolare conto, creditore di una somma esigibile verso una persona, la quale trovisi pure debitrice della eredità indivisa di una somma parimente esigibile, nulla impedisce che il coerede faccia sul particolare suo credito la integrale imputazione di ciò che riscuote dal debitore medesimo.

Avverrebbe diversamente del socio, in conformità dell'art. 1848 — 1720; ma precisamente l'art. 1848, derivante dalla propria natura del contratto di società, non è applicabile alla comunione.

479. — Altrettanto affermeremo circa lo art. 1849 — 1721.

Se dunque uno de' coeredi avesse ricevuto la intera sua quota del credito comune, ed il debitore fosse dappoi divenuto insolubile, lo erede medesimo non sarebbe tenuto a conferire nella massa comune ciò che avesse ricevuto.

Ne, diceva Giustiniano, *industria poenas desiderat solvat*.

Dovendo i suoi coeredi, diceva Pothier alla volta sua, accagionare a se stessi non esser stati vigilanti al pari di lui.

È da eccezzuare però da questa, come dalla precedente soluzione, il caso in cui il coerede fosse stato incaricato da' suoi coeredi di riscuotere i debiti della eredità (confr. L. 38, ff. *famil. ercisc.*; L. 42, *Cod. depositi*; Pothier, *della Società*, n. 422, e 1^a appendice, n. 489; Introd. al tit. XVII della cons. di Or-

leans, n. 74; *delle Success.*, lib. IV, cap. II, sez. III, num. 65; Duvergier, *della Società*, n. 33; Troplong, *della Società*, n. 22, 551 e 560).

480. — La precedente soluzione suppone ad evidenza che, durante la indivisione e prima di ogni divisione, ciascuno de' coeredi ha dritto di agire, sino alla concorrenza della sua quota, pel pagamento de' crediti ereditarii.

Ed in vero toroa incontrastabile cotesto diritto competere a ciascuno di essi per la sua quota (art. 873, 4220 — 794, 1173; confr. decis. C. di Bourges 6 ag. 1828, Vallet, D. 1828, II, 292; di Parigi 19 genn. 1831, Filassier, D. 1831, II, 104; di Grenoble 8 giugno 1847, Raffier, Dev., 1848, II, 178; arresto C. cass. 9 nov. 1847, Finet, 1848, I, 289; ved. nondimeno arresto C. cass. 10 dic. 1854, Malines, D. 1854, I, 43; decis. C. di Nîmes 19 magg. 1855, Crégut, D. 1855, II, 182).

481. — Anzi avvisiamo ciascuno de' coeredi avere parimente dritto, prima di ogni divisione e durante la indivisione, di agire per la sua quota in rivendicazione avverso i terzi possessori degl' immobili della eredità, e più generalmente di esercitare, sino alla concorrenza della sua quota, tutte le azioni il cui scopo sarà di conservare il proprio diritto nei beni ereditarii.

È ben vero che il terzo, convenuto in giudizio da uno de' coeredi, può chiamare in causa gli altri coeredi.

È ben vero altresì che è nopo non confondere l'esercizio di un'azione ereditaria contra il terzo, ad obbietto di far assodare contro di lui un dritto competente alla eredità, con l'azione di divisione propriamente detta, la quale per regola debbesi istituire con tutti i coeredi.

Ma forse ciò vuol dinotaro doversi dichiarare irricevibile l'azione di rivendicazione istituita da uno de' coeredi per la sua quota avverso il terzo possessore?

L'affermativa sembra essersi ritenuta con più giudicati (confr. decis. C. di Bourges 14 gen. 1834, Poissonnet, D. 1834, II, 247; arresto C. cass. 13 nov. 1833, Pannier, D. 1834, I, 47; decis. C. di Digione 9 feb. 1844, Jeannin, Dev., 1844, II, 427; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 355, 356).

E non pertanto ci riesce malagevole lo ammettere che ciascuno de' coeredi non possa far assodare, eziandio prima della divisione, il suo dritto indiviso di condominio avverso

il terzo possessore. La possibilità che l'oggetto rivendicato non cada nella quota dell'erede attore (art. 883 — 803) non potrebbe a parer nostro costituire a pro del convenuto un motivo d'irricettibilità; avvegnachè, allo stato, rimane sempre indubitato il coerede avere un diritto indiviso, il quale forma, se vogliasi, per lui, nell'oggetto comune, una quota ideale anziché reale, ma finalmente un diritto, e quindi potere assicurarne la conservazione in ogni evento (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 239).

« 82. — Si è statuito con giudicati che, quando uno de' coeredi, puro e semplice o beneficiario, rendasi cessionario di un credito contro la eredità, con vantaggiose condizioni, può esser tenuto a far partecipare i suoi coeredi al vantaggio emergente dalla cessione medesima (confr. decis. C. di Aix 4 marzo 1844. Bayle, Dev., 4844, II, 321; di Parigi 10 mag. 1850, Froiden-Duchâtenet, Dev., 4854, II, 365; confr. pure Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 259, 260).

Si è precipuamente poggiata tal dottrina su parecchie leggi romane, e particolarmente su la legge 19 del Digesto *familia eriscundae*, nella quale Gajo si esprime nel seguente modo:

» *Prospicere iudex debet, ut quod unus ex haeredibus ex re haereditaria percepit stipulatus est, non ad ejus solius lucrum pertineat; . . . inter eos communicentur commoda et incommoda.* » (Agg. L. 19, ff. de nozal. act.; L. 7, § ult., ff. comm. divid.)

In vero Lebrun, nel nostro antico diritto, invocava questo testo per insegnare che:

« Se, in qualsivoglia caso, uno de' coeredi contratti circa un debito passivo della eredità col creditore, ovvero circa ogni altro affare della eredità, sia prima, sia dopo la divisione, è in obbligo comunicare il suo componimento agli altri coeredi. » (*Delle Success.*, lib. IV, cap. II, sez. III, n. 65).

Vigente il nostro novello diritto, Merlin ha propugnato cotesta tesi con la stessa generalità, e quel giureconsulto illustre, per definire la natura de' rapporti esistenti fra l'erede ed i suoi coeredi, insegna che:

« Cotesti rapporti son quelli di un socio coi consuevi; e che esiste una società, a dir vero non convenzionale, ma di fatto, fra gli eredi impensessati indivisamente di una comune eredità. » (*Quist. di Diritto*, v. *Retratto successorio*.)

Merlin professava cotesto principio ad ob-

bietto di stabilire che il coerede, il quale avesse solo esercitato il retratto successorio, potesse venire astretto da' suoi coeredi a farli partecipare al vantaggio tratto.

Ma strana cosa! la Corte di cassazione, nello stesso arresto, in cui ha negato di ammettere questa particolare soluzione di Merlin, in materia di retratto successorio, ha sembrato nondimeno ritenere il principio generale da lui invocato:

« Atteso che se, a norma dell'art. 844 — 760, ogni persona non capace di succedere, e cui un coerede avesse ceduto il suo diritto alla eredità, può venire esclusa dalla divisione, sia da tutti i coeredi, sia da un solo, l'unica ragione si è importare alla morale ed all'ordine pubblico che gli speculatori, estranei alla eredità, non sieno accomunati agli affari de' consuccessibili, ed ammessi a penetrare ne' segreti di famiglia cui non debbono partecipare; che questo unico scopo della legge, in forza di cui ciascun successibile ha un'azione a lui personale, per esercitare in proprio nome il retratto successorio, rende inapplicabile al retratto medesimo il principio dovere il coerede fare un affare comune a' suoi consuccessibili, quando il contratto da lui concluso con un estraneo sia relativo alla eredità. » (Arresto 28 giugno 1836, Thorel, Dev., 4836, I, 547.)

Da siffatta considerazione risulta forse la Corte di cassazione avere inteso statuire che per massima generale il coerede, il quale compri, in proprio nome, un credito avverso la eredità, debbasi reputare aver contrattato nel comune interesse de' suoi consuccessibili? tal conseguenza non ne discende forse necessariamente: ma se tale fosse la dottrina appalesata in quello arresto, ci parrebbe oppugnabile.

Se di fatti ammettessi il coerede non esser tenuto a far partecipare i suoi coeredi al beneficio del retratto successorio da lui esercitato, val dire al vantaggio di una operazione che poteva fare unicamente nella sua qualità e che ciascuno de' suoi coeredi aveva diritto di esercitare al pari di lui, per modo che il dritto di esercitarla sembrasse in comune nella eredità, a fortiori dobbesi ammettere il coerede non esser tenuto a far partecipare gli altri al vantaggio di un acquisto di credito, fatto da lui come ogni altro estraneo avrebbe potuto farlo, e di cui non ha menomamente rinvenuto il principio nella eredità.

Noi avvisiamo che col desumere dalle leg-

gi romane simiglianti conseguenze siasene e sagerata la forza; ed al certo Lebrun ne somministra la prova, quando giugne sino ad affermare il coerede dover far partecipare i suoi coeredi al vantaggio della composizione, fatta da lui eziandio dopo la divisione!

Il vero si è cotesta soluzione non potersi oggidì poggiare a verun testo; ed inoltre, a parer nostro, disconoscere la genuina natura delle relazioni prodotte dalla comunione fra i coeredi (confr. *supra*, n. 490 e seg.; arresto C. cass. 44 genn. 1839, Dangé, d'Orsay, Dev., 1839, I, 703; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 683, e nota 2; Tambour, *del Benefizio dell' invent.*, p. 308).

483. — Il principio da noi fermato, a norma di cui la comunione non costituisce un collettivo interesse, per effetto di cui ciascuno de' coeredi reputerebbe rappresentar gli altri, soggiace nondimeno ad una notevole modificazione relativamente al possesso: ben tosto ravviseremo i condominii presumersi per contrario possedere gli uni per gli altri, per modo che in generale trovasi impresso al loro possesso un permanente carattere di precarietà (*infra*, num. 519; ved. eziandio il nostro *Trattato delle servitù*, t. II, n. 996).

484. — Soprattutto circa la imprescrittibilità dell'azion di divisione cotesta specie di promiscuità di possesso nella comunione produce importanti conseguenze.

Ma converrebbe esser cauto a non inferirne ciascuno de' coeredi potere amministrare in nome degli altri, la massa indivisa de' beni.

Debbesi fermare la regola affatto opposta; e nessuno de' coeredi effettivamente ha qualità in generale per consentire anche semplici atti di amministrazione, obbligatorii pe' suoi coeredi senza il loro consenso.

Avverrebbe così, per esempio, della locazione che un solo o più coeredi avessero fatta senza il consenso degli altri coeredi (confr. L. 28, ff. *comm. divid.*; Merlin, *Quist. di Dritto*, v. *Locazione*, § 4; Zachariae, Aubry e Rau, t. I, p. 407; Troplong, *della Locazione*, t. I, n. 400; Duvergier, t. I, n. 87).

E ben vero che nelle società la legge dispone, in mancanza di patti speciali, reputarsi i socii aversì reciprocamente conferito la facoltà di amministrare l'uno per l'altro (art. 4859 — 4731); ma nessun testo simigliante rinviensi per le comunioni. In vero la società è una situazione, la quale debbe sempre avere una determinata durata, più o meno lunga, una situazione soprattutto dalla leg-

ge favorita; dappoichè essa scorge, e con sommo fondamento! nel contratto di società, una delle più possenti molle della umana attività, del pari che una delle più feconde sorgenti della ricchezza e della pubblica prosperità; mentre la comunione è una accidentale e passeggera situazione dalla legge al certo momentaneamente incoraggiata! (*infra*, n. 486).

485. — È mestieri adunque che tutti i coeredi pongansi di accordo, ovvero, come spesso accade, che uno di essi garentisca gli altri o agisca in qualità di *negotiorum gestor*; ed in tal caso applicansi le regole riguardanti le convenzioni così fermate (art. 4149, 4120, 1375 — 4073, 1074, 1329).

Ma se nessuno di essi voglia assumere impegno, o gli altri intervengano per impedirlo, o non possono porsi di accordo, in qual modo è da procedere?

Lebrun ha insegnato che:

« Se, in pendenza della divisione, sia necessario locare gl' immobili ereditari, o gli eredi non pongansi di accordo circa la scelta de' conduttori, debbe prevalere il voto del maggior numero de' coeredi; e se abbiano un interesse eguale nella cosa, ciò dipenderà dal numero; se abbiano interesse ineguale, si avrà maggior riguardo al suffragio di quelli che abbiano maggiore interesse...; finalmente, se disconvengono circa il modo di pagarsi il prezzo delle locazioni taluni volendo essere soddisfatti in contante, altri in grano ed in specie, Papon pretende doversi preferire il suffragio di quelli i quali dimandassero pagarsi il prezzo in contante; e non dubbio doversi seguitare tal sistema, se si trattasse di consentire locazioni in assenza delle parti interessate; ma sembra che, quando le parti sono presenti, il loro suffragio debba tutto decidere... » (*Delle Divisioni*, lib. IV, cap. 4, n. 23).

È mai vero che queste specie di quistioni, relative alle locazioni, alle riparazioni da fare, ec., debbonsi risolvere a maggioranza di voti?

Noi noi crediamo.

Primieramente sarebbe mestieri che la dottrina di Lebrun venisse unanimemente accolta un tempo; e se forse è andare troppo oltre lo affermare con Troplong, « che tutta l'antica giurisprudenza escludeva il dritto del maggior numero » (*del Contratto di società*, t. II, n. 725), almeno è indubitato che nella maggior parte i giureconsulti l'oppugnavano (confr. Bacquet, *de' Diritti giudiziali*, cap. XXIX, n. 4; Despeisses, *Società*, sez. II, n. 8, ved.

non pertanto Jubert, *Enchirid.*, v. *Se uno de' comp.*)

In ultima analisi potrebbesi, distinguendo gli atti di amministrazione necessari alla conservazione della cosa da quelli non aventi questo carattere, ammettere la preponderanza del maggior numero circa i primi, ed attenersi circa gli altri alla regola *melior est causa prohibentis* (conf. Pothier, *Del quasi-contratto di com.*, num. 92; Troplong, *loc. supra*, num. 735).

Anzi ci parrebbe più uisioso ai principii lo statuire che la regola da osservare, in tali congiunture, si è doversi la questione sommettere al tribunale, il quale dovrà determinare qual sia il miglior partito da prendere nel comune interesse, e potrà anche, se vi sia luogo, non trovandosi di accordo i coeredi, nominare un amministratore provvisorio dei beni della eredità indivisa. È ben vero che potrebbesi rinvenire, a pro della opposta dottrina, un argomento nell'art. 826 — 745, a norma di cui spetta al maggior numero dei coeredi il determinare se i mobili ereditarii debbansi vendere per estinguere i debiti; ma è questa una speciale disposizione, e, sotto alcuni rapporti, esorbitante, la quale non debbe, a ceder nostro, venire generaleggiata.

486. — Il fin qui esposto ci conduce, mercè passaggio affatto naturale, agli inconvenienti ed ai pericoli della indivisione.

Tali inconvenienti e pericoli vanno di fatti considerati sotto il duplice punto di veduta dello interesse privato e dell'interesse pubblico.

Da un lato la indivisione osta allo esercizio del diritto di proprietà in detrimento di ciascuno dei condomini; e la reciproca dipendenza in cui trovansi costantemente gli uni riguardo agli altri, e la quale gli espone ad ogni specie di rancore, male intelligenza e disturbi, eccita quasi sempre fra essi dapprima dissensi, poscia nimistà e giudizi tanto più deplorabili, soprattutto allorchè trattisi di eredità indivisa, in quanto che recano la dissensione nel seno stesso delle famiglie: *Discordias propinquorum, quas materia communionis solet excitare*, diceva Papiniano (L. 77, § 20, *de legat.* 2°);

D'altro lato la indivisione è un ostacolo non solo alla circolazione della proprietà, allo sviluppo delle transazioni del credito privato e pubblico, ma eziandio al mantenimento, alla miglioramento dei beni ed ai progressi dell'agricoltura e della industria.

Laonde si è considerato in ogni tempo la indivisione essere uno stato, il quale non può sussistere sempre e di necessità debbe cessare con la divisione.

Tal era il diritto romano (L. 44, § 2, ff. *comm. divid.*; L. 20, *Cod. eod.*)

Tal era il nostro antico diritto francese (conf. Pothier, *delle Succ.*, cap. IV, art. 4; Lebrun, cap. IV, n. 4, 8 e 31).

Ed il nostro Codice, con l'art. 815 — 734, ritiene lo stesso principio nel seguente modo:

« Nessuno può essere astretto a rimanere in comunione: e si può sempre dimandare la divisione, non ostanto qualunque proibizione e convenzione in contrario.

« Ciò nondimeno si può convainere di spendere la divisione per un tempo determinato: ed una tal convenzione non può essere obbligatoria oltro i cinque anni; ma può essere rinnovata. »

487. — Il legislatore, come ben si ravvisa, ad onta degli inconvenienti inseparabili dalla indivisione, non la vieta nulladimeno in modo assoluto; anzi la volontaria indivisione può durare tanto lungo tempo quanto i condomini sieno tutti di accordo a mantenerla.

Il legislatore vieta la sola forzata indivisione, la quale si prolungasse malgrado i condomini e prodacesse effettivamente tutti gli inconvenienti testè additati.

Precisamente in tal senso l'art. 815 dichiara nessuno può essere astretto a rimanere nella indivisione: *inritus*, dichiarava eziandio la legge 4 del Codice (*comm. divid.*)

E la disposizione così scritta costituisce una regola d'interesse generale e di ordine pubblico, cui non lice derogare (conf. decise. C. di Nancy, 12 marzo 1846, Colmat, D. 4846, II, 420).

488. — Cotesta regola è applicabile in tutti i casi, sempre l' dichiara il testo in esame.

Dunque la circostanza i beni da dividersi trovansi gravati totalmente o parzialmente di un diritto di usufrutto a pro di chicchessia, della stessa vedova del *de cuius* o di altra persona, non osterebbe alla dimanda di divisione.

Ciascuno dei condomini indivisi può avere effettivamente interesse a far determinare immediatamente la sua quota di nuda proprietà, ad oggetto di poterne disporre più agevolmente e vantaggiosamente; ed i suoi eredi hanno ad evidenza altresì, e viemaggiormente, lo stesso interesse (art. 2205 — 2106).

È uopo, a parer nostro, positivamente mantenere tale applicazione della nostra regola, la quale talvolta non si è voluto erroneamente, a ereder nostro, osservare (confr. decis. C. di Parigi 31 ag. 1843, *G. del F.*, t. XXXIX, p. 30; di Bordò 20 aprilo 1831, Lynch, D. 1831, II, 144; arresto C. cass. 8 dic. 1846, Geoffroy, Dev., 1847, I, 45; Chabot, art. 815, n. 5; Belost-Jolimont, *Osserv.* 3; Vazeille, art. 815, n. 6; Duranton, t. VII, n. 85; Dutruc, n. 214).

489. — Similmente, in senso inverso, ciascuno di coloro fra cui i beni fossero comuni soltanto per l'usufrutto potrebbe del pari dimandare la divisione.

In vero l'art. 815 non distingue la proprietà dall'usufrutto, ma dispone assolutamente nessuno poter venire astretto a rimanere nella indivisione; or la indivisione sussiste altresì, circa il diritto di godimento, fra più usufruttuarii dello stesso oggetto o della stessa universalità di beni: dunque la divisione può sempre dimandarsi fra essi; ed i motivi i quali indussero il legislatore a proscrivere la forzata comunanza degli interessi campeggiano in questo come in tutti gli altri casi (confr. Duranton, t. VII, n. 86; Dutruc, n. 215).

490. — Ma siccome fra il nudo proprietario e l'usufruttuario non rinviensi alcuna specie di comunione o indivisione, così è manifesto non poter l'uno nè l'altro reciprocamente dimandare la divisione; e però con somma ragione la Corte di cassazione, col su riferito arresto, cassò la decisione della corte di Parigi del 9 marzo 1814, la quale aveva sancito la opposta dottrina (confr. arresto C. cass. 8 dic. 1846, Geoffroy, Dev., 1847, I, 45; ved. il nostro *Trattato della distinzione dei beni; dell'usufrutto*, ec. t. II, n. 246).

491. — Per effetto dello stesso principio il proprietario del predio serviente non potrebbe ad evidenza dimandare alcuna divisione o vendita allo incanto della servitù avversa il proprietario del predio dominante (ved. il nostro *Trattato delle servitù*, t. II, num. 609, 670).

492. — Dalle quali cose risulta altresì, come osservammo, esservi beni la cui divisione non può dimandarsi, quantunque trovinsi in istato di comunione ed indivisione.

Tanto avviene quando un determinato immobile, pertinente in comune a più condomini, trovisi gravato di servitù reciproca per la utilità di altri immobili pertinenti separatamente a ciascuno dei proprietari medesimi;

come, per esempio, un vestibolo o un ingresso, un cortile, un pozzo, una scala rimasti indivisi per uso di più case, o un sentiero per andare a più predii, ec. (confr. L. 19, § 1, ff. comm. divid.; arresti C. cass. 10 dic. 1823, Séguin, D. 1823, I, 490; 21 ag. 1832, Haag, D. 1832, I, 370; 10 genn. 1842, de Livron, D. 1842, I, 99; decis. C. di Parigi 15 marzo 1856, Boucher, D. 1857, II, 41; Pothier, *Del quasi-contratto di comunione*, n. 196; ved. il nostro *Trattato delle servitù*, t. II, n. 423 e 444).

493. — Souovi pure taluni condomini indivisi, riguardo a cui la regola potersi sempre dimandare la divisione soggiace ad importanti temperamenti.

Intendiamo parlare del condominio di una nave (art. 220 C. com. — 207): di una miniera (Legge del 21 apr. 1807, art. 10); di un'abitazione o fabbrica di zucchero nelle colonie (editto del 1726).

Ma noi non dobbiamo qui trattarne.

494. — È questione, la quale può sembrare di procacioso scioglimento, se, nel caso in cui una parte dei beni ereditari non sia suscettiva d'immediata divisione, si possa dimandare la divisione di quei beni attualmente divisibili.

Per la negativa vengano in campo due argomenti, desunti l'uno dalla generale economia dei varii testi del Codice Napoleone, nel nostro capitolo, e del Codice di procedura (art. 966 e seg. — 1042), i quali suppongono sempre la eredità indivisa dover formare l'oggetto di una sola liquidazione e di una divisione unica; l'altro dalla stessa necessità, la quale richiede che i varii elementi della liquidazione vengano insieme coordinati, ed eziandio dallo interesse dei coeredi i quali non potrebbero venire astretti a soggiacere alle spese e considerevoli di più divisioni parziali (confr. decis. C. di Parigi 47 ag. 1810, Notramy, Sirey, 1811, II, 442; di Digione 10 agosto 1837, Latrasse, Dev., 1839, II, 421; Chabot, art. 828, n. 2; Vazeille, art. 828, num. 1).

Non pertanto cotesta soluzione sarebbe, a parer nostro, troppo assoluta.

È ben vero che per regola generale una universalità indivisa debbe formare l'oggetto di una complessa liquidazione e di una sola divisione; ed i testi in esame vennero scritti di fatti per cotesta ipotesi, la più ordinaria.

Ma sarebbe esagerazione inferirne uno dei condomini non potere in verun caso diman-

dare l'attuale divisione di taluni beni, anche quando gli altri beni non fossero ancora divisibili. In vero, se si suppone che i diritti delle parti sieno già noti su quei beni di cui dimandasi la divisione, per modo che le operazioni rimaste a fare, relativamente agli altri beni, non possono modificarli, qualora, insomma, la situazione sia tale che coloro i quali dimandano la parziale divisione abbiano interesse ad ottenerla, e gli altri non abbiano alcuno interesse a negarla, non si scorre per qual motivo questa dimanda di divisione non verrebbe ammessa. Indubitatamente apparterrà al magistrato il disaminare tutte le circostanze, se le operazioni rimaste a fare abbisogneranno ancora di maggiore o minor tempo, se la liquidazione debbasi fare attualmente o debbasi differire, ec.; ma se venga assodato esser la dimanda di parziale divisione giusta e ragionevole, avvisiamo doversi ammettere dal magistrato (arg. dagli art. 975 e 976 C. pr. — 4051 e 4052; confr. decis. C. di Bordò 16 ag. 4827, de Bethmann, Sirey, 4827, II, 244; di Parigi 3 luglio 1848, Combarel de Leyval, Dev., 1848, II, 395; Zachariae, Aubry e Rau, t. V. p. 244).

495. — Cotesta regola la divisione potersi sempre dimandare soggiace nondimeno a due eccezioni:

A. L'una temporanea e dilatoria, per effetto di cui la dimanda di divisione può venir dichiarata irricevibile durante un determinato periodo di tempo;

B. L'altra perpetua ed assoluta, per effetto di cui la dimanda di divisione può venire interamente rigettata.

La prima trovasi fermata con l'art. 815, 2° comma — 734;

La seconda con l'art. 816 — 735.

Dobbiamo successivamente trattare di entrambe.

496. — A. L'art. 815, dopo aver dichiarato nessuno poter venire astretto a rimanere nella indivisione e potersi sempre dimandare la divisione, non ostante divieti e convenzioni in contrario, soggiugne la seguente disposizione:

« Ciò nondimeno si può convenire di sospendere la divisione per un tempo determinato; ed non tal convenzione non può essere obbligatoria oltre i cinque anni; ma può essere rinnovata. »

In vero la regola non avrebbe potuto essere assoluta, senza divenire di per sé, nella sua esagerazione, sommamente contraria, in

alcuni casi, allo interesse privato ed all'interesse pubblico; talvolta può riuscire utilissimo, per tutti gl'interessi, il sospendere la divisione, ed aspettare, per esempio, la prossima maggiore età di unerede minore, o lo sperato ritorno di un assente, o l'esito di un giudizio, ovvero la fine di una crisi politica o commerciale, durante la quale gl'immobili da vendere all'asta pubblica verrebbero alienati a vil prezzo, ec.

Laonde tale eccezione, la quale permette sospendere la divisione per un determinato tempo, è antica quanto la stessa regola; ed in vero la troviamo dovunque a fianco della regola, sia nel dritto romano, sia nel dritto francese (L. 44, §§ 2 e 3 ff. *comm. divid.*; Pothier, *delle Success.*, cap. IV, art. 1, § 1; Introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, numero 74; e *Del quasi-contratto di comunione*, n. 497).

497. — Se non che il dritto romano ed il nostro antico dritto non sembrano aver limitato il tempo durante il quale l'azione di divisione potrebbe sospendersi.

Intra certum tempus, dichiarano i su riferiti testi delle leggi romane. Durante un determinato tempo, dice Pothier (*loc. supra*);

Ma qual era il tempo medesimo? qual era questo limite? non si era dichiarato; e da questo silenzio poteva emergere molta incertezza ed arbitrio.

Dunque il Codice ha proceduto con somma saggezza determinando esso medesimo cotesto limite: il periodo del quinquennio da esso fermato sembra altronde tanto più conveniente, in quanto che può rinnovarsi dalle parti, se le circostanze sieno sempre le stesse, e non sia sopraggiunto, durante l'intervallo medesimo, ne' loro affari o nella loro posizione, alcun mutamento il quale abbia modificato la volontà loro.

498. — E siccome questo rinnovamento è permesso con l'art. 815, ne' termini più generici, così ne conseguiva potere aver luogo periodicamente o piuttosto indefinitamente, quante volte le parti sieno di accordo a prorogare tra esse la indivisione (conf. Chabot, articolo 815, n. 3; Zachariae, Aubry e Rau, tomo V, pag. 244; Massé e Vergé, tomo II, pag. 74.)

499. — Tal convenzione può rinnovarsi in ogni epoca:

Sia entro il quinquennio susseguente la indivisione; sia, per la prima volta, dopo trascorso il quinquennio dal dì in cui cominciò,

Sia dopo trascorso il termine stabilito con anterior convenzione; sia prima del suo trascorrimento.

500. — Ma in questo ultimo caso, il novello termine decorrerà forse soltanto a computare dal trascorrimento del termine stabilito per la precedente convenzione, ovvero per contrario a computare dal giorno stesso della convenzione?

Si è insegnato tal quistione del *tempore a quo* doversi risolvere in fatto, secondo le circostanze (confr. Zachariae, Massé e Vergé, t. II, p. 362).

Nulladimeno ci pare indubitato esser mestieri fermare all' obbietto in diritto una regola da cui il magistrato non potrebbe dipertirsi, cioè i condomini non dover mai venire astretti a rimanere forzatamente nella indivisione per più di un quinquennio, sieno qualunque all' obbietto le varie convenzioni, antiche o nuove, che abbiano potuto fare.

Lice primieramente affermare discenderne la prova dall' art. 815, il quale, disponendo potersi la convenzione rinnovare, sembra supporre il termine stabilito per la prima convenzione trovarsi decorso.

Ma lo evidente sì è l'essenziale motivo della legge richiedere così; dappoichè diversamente nulla sarebbe più agevole, mercè più rinnovamenti anticipati, del sospendere la divisione per un lunghissimo corso di tempo.

Dunque il termine stabilito con la novella convenzione dovrà aggiugnersi al residuo del termine da decorrere stabilito con la precedente convenzione, per modo da esservi sempre il termine del quinquennio, a computare dal dì della novella convenzione, durante il quale sia obbligatoria la indivisione (confr. Toullier, t. II, n. 400; Duranton, t. VII, numero 78; Marescé, art. 815, n. 2; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 815, Osserv. 4; Mazrat, nota 1; Ducaurroy, Bonnier e Rostain, t. II, n. 636; Demante, t. III, n. 439 bis, III; Dutruc, della Divisione di eredità, n. 7; Aubry e Rau sopra Zachariae, tom. II, p. 214; ved. ezianio Massé e Vergé, tom. II, pagina 74).

501. — Se la convenzione sospensiva della divisione siasi fatta per un tempo più lungo, per esempio per un decennio o ventennio, generalmente si è di accordo nel divisare non essero nulla per tal circostanza, ma esservi luogo soltanto a ridurla al termine del quinquennio. L'articolo 1560 — 4506 offre in tal senso una potente ragione di analo-

gia; e poossi aggiugnere coloro i quali han consentito a rimanere per un decennio nella indivisione avere *a fortiori* consentito a rimanervi per un quinquennio; comunque convenga confessare cotesto argomento potere non essere sempre decisivo, come se la convenzione si fosse conchiusa per determinato scopo, il quale non potrebbesi raggiugnere nel periodo del quinquennio: quindi, dal canto mio, riservo la quistione di fatto; dappoichè in ultima analisi trattasi qui di una quistione di volontà e d'interpretazione (articolo 1456 — 4109).

502. — Se la convenzione siasi fermata, senza stabilire termine e per un tempo indefinito, come se i condomini abbiano convenuto rimanere nella indivisione, sia per sempre, sia durante la vita di uno di essi, o sino alla estinzione dell'usufrutto, parecchi avviano pure la convenzione non essere nulla ed essere per le parti obbligatoria almeno per un quinquennio (confr. arresto C. cass. 20 gen. 1836, Roussel, Dev., 1836, I, 83; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 74.)

Ma cotesta dottrina ci pare oppugnabile:

Sia perchè la convenzione in questo caso soggiace direttamente alla regola, la quale annulla, senza trovarsi nella eccezione la quale si limita a ridurre (L. 44, § 2, ff. comm. divid.);

Sia perchè di fatti tal convenzione pare essere allora un sol tutto nel verosimile intendimento delle parti, le quali non hanno riguardato la indivisione come uno stato temporaneo, ma come una situazione assoluta nella quale intendevano rimanere: or una così fatta convenzione è interamente nulla (confr. arresto C. cass. 16 gen. 1838, Berland, Dev., 1838, I, 225; decis. C. di Aix 10 magg. 1844, Augier, Dev., 1844, II, 478; Duranton, t. VII, num. 81, Demante, t. III, n. 439 bis, III).

I su riferiti giudicati riferiscansi ad una clausola proibitiva della divisione inserita in una disposizione testamentaria; ma il principio in esame ci pare applicabile nella stessa guisa nelle convenzioni fra coeredi e nelle disposizioni a titolo gratuito (*infra*, numero 511).

503. — Il termine del quinquennio non può mai eccedersi, sieno altronde qualunque le clausole della convenzione sospensiva della divisione, ed anche quando i condomini avessero stabilito tra essi un modo qualsivoglia di godimento; come se, per esempio, si fosse

convenuto dover essi godere, sia simultaneamente, sia ciascuno separatamente di una distinta porzione; sia alternativamente gli uni dopo gli altri dalla totalità. Siccome la indagine non durerebbe meno, così la convenzione sospensiva della divisione sarebbe dunque obbligatoria, eziandio in questi vari casi, soltanto per un quinquennio (confr. arresti C. cass. 15 feb. 1813, Maillon, Sirey, 1813, I, 316; 31 gennaio 1838, comune di Saint-Seine, D. 1838, I, 461; 5 giugno 1839, de Braglie, D. 1839, I, 246; Duranton, tom. VII, n. 76; Poujol, t. II, p. 24; Dutruc, num. 233.)

504. — Si è insegnato la convenzione di sospendere la divisione per un determinato tempo doversi fare per iscritto (confr. Chabot, articolo 815, num. 7; Vazeille, art. 815, num. 11.)

Ma noi non avvisiamo essere ben fondata tal proposizione: e la stessa convenzione fatta verbalmente ci pare obbligatoria, qualora venga confessata o provata, salvo lo ammettere le sole prove ammissibili in caso similante (confr. *infra* num. 520; Dutruc, num. 8.)

505. — Che mai dovrebbero statuire, se la convenzione si fosse fatta fra taluni soltanto de' condomini senza il concorso degli altri?

Due punti sembrano primamente indubitati:

Da un lato è manifesto che tal convenzione non sarebbe obbligatoria per quei condomini, i quali non vi avessero partecipato: precisamente sotto questo rapporto si è potuto affermare i contratti di questo genere esser validi sol quando sieno consentiti da tutti gl'interessati. Non evvi però veruna distinzione da fare all'obbietto fra gli uni e gli altri: ogni successore, chiunque sia, regolare o irregolare, legatario o donatario universale o a titolo universale, può domandare la divisione non ostante la convenzione onde gli altri successori l'avessero sospesa senza suo assentimento (confr. Chabot, art. 815, num. 9; Duranton, t. VII, n. 83; Dutruc, n. 9 ed 11.)

506. — D'altro lato qu'condomini, i quali abbiano consentito la convenzione, trovansi reciprocamente obbligati gli uni verso gli altri a non domandare la divisione durante il tempo prefisso da essi: sotto questo rapporto la convenzione è validissima, anzi può produrre tra essi tutto il suo effetto, qualora quei fra' condomini medesimi, i quali non vi intervennero, non domandino la divisione (confr. Chabot e Duranton, *supra*).

507. — Il solo punto il quale possa esser dubbio si è quale sarà l'effetto della convenzione fra coloro i quali la consentirono, e colui o coloro i quali non la consentirono domandando la divisione?

Ed in vero, varie opinioni vennero manifestate all' uopo:

Alcuni avvisano che è necessario in questo caso fare una divisione, onde l'erede o gli eredi, estranei alla convenzione, conseguiranno la rispettiva lor quota, ma che la indagine continuerà a sussistere fra tutti gli altri, e che vi sarà luogo tra essi a novella divisione dopo trascorso il termine stabilito con la convenzione (confr. Vazeille, art. 815, n. 12; D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*; Dutruc, num. 8.)

Per contrario altri insegnano che la convenzione si reputerà quindi sciolta, eziandio fra coloro i quali l'abbiano consentita, non essendo più suscettivo di produrre effetto, e non essendo verosimile avere inteso obbligarsi eziandio per tale ipotesi e quindi soggettarsi alle spese di una seconda divisione; che in ultima analisi il godimento dovrebbe rimanere in comune sino al trascorrimento del termine stabilito per la divisione (Chabot, Duranton, *loc. supra*.)

Questo ultimo punto dà luogo, come ben si ravvisa, ad una questione d'interpretazione di volontà; e dovrebbero, innanzi tutto, per risolverla, disaminare i termini dell'atto e tutte le circostanze del fatto; ma, per tesi generale, inclineremmo a dividere la convenzione non essere più obbligatoria, eziandio fra coloro i quali l'avessero consentita, se coloro i quali non l'avessero consentita domandassero la divisione contro di essi.

508. — Duranton ha insegnato che:

« Tosto che gli eredi convegnano rimanere durante un determinato tempo, nella indagine e la divisione non potere domandarsi da uno di essi prima del trascorrimento del tempo medesimo, formano per tal circostanza una convenzione di società... » (T. XVII, n. 392; e t. VII, n. 79.)

Ma cotesta proposizione del nostro dotto collega ci pare inammissibile; e tale non è nemmeno, a parer nostro, il carattere né l'effetto della convenzione onde gli eredi si circoscrivono a convenire di sospendere la divisione per un determinato tempo: è questa una semplice convenzione sospensiva della divisione, ed il cui unico effetto si è prorogare la indagine, val dire lasciare le parti

ne'lo stesso stato in cui trovavansi. È ben vero che Papiniano ravvisa un contratto di società nell'accordo de' fratelli di tenere in comune eredità indivise (L. 52, § 6, ff. *pro socio*); ma suppone l'accordo medesimo essersi consentito con la mira di conseguire vantaggi e dividerli: ut emolumentum *ac damnum* *ita his sententia*, val dire con intendimento e nello scopo affatto caratteristico in vero del contratto di società (supra, n. 476). Ma la semplice convenzione sospensiva della divisione non suppone veruna idea di speculazione; ed anche quando, come avviene quasi sempre, contenesse talune clausole circa il modo di amministrazione de' beni in comunione rimasti indivisi, non assumerebbe per tal circostanza il carattere di contratto di società.

Dunque cotesta dottrina non è giuridica; e la prova ne è avere indotto Duranton a conseguenza ancor più inammissibile: in vero l'onorevole autore, ravvisando un contratto di società nella convenzione sospensiva della divisione di una massa di beni indivisi, è giunto ad inferire che, essendo tal convenzione obbligatoria per un quinquennio, le stesse società contratte per più di un quinquennio sono obbligatorie per lo stesso periodo di tempo! la qual proposizione è opposta sì a' testi che ai principii (confr. supra, n. 476; L. 65, § 6, ff. *pro socio*, art. 1841, 1865, 1868, 1869—4716, 4737, 1740, 1741; Demante, t. III, n. 439 bis, IV; Troplong, *della Società*, tom. II, n. 968.)

509. — La convenzione sospensiva della divisione può forse venire opposta a' creditori particolari de' coeredi?

Ovvero per contrario i creditori medesimi possono, non ostante tal convenzione, dimandare la divisione de' beni pertinenzi indivisamente al loro debitore?

Procardica quistione intorno a cui tre opinioni son venute in campo:

A. I propugnatori della prima sembrano insegnare che tutti i creditori, senza distinguere se sieno anteriori o posteriori alla convenzione, possono sempre dimandare la divisione: in questo senso puossi affermare che l'art. 2203—2106 conferisce effettivamente all'obbietto un diritto particolare e diretto ai creditori di ciascuno de' coeredi; e che il diritto medesimo tornava qui tanto più necessario, in quanto che diversamente nulla sarebbe più agevole, pe' coeredi, del preservare così, per un determinato periodo di tempo, una parte de' beni loro dall'azione de' loro cre-

ditori, mercè convenzione cui prossimi parenti annuirebbero quasi sempre (confr. Chabot, art. 815, n. 9; Poujol, art. 815, n. 5; Zachariae, Massé e Vergé, t. II, p. 362.)

B. I propugnatori della seconda opinione distinguono i creditori posteriori alla convenzione sospensiva della divisione o i cui titoli non avessero acquistato data certa prima dell'epoca in cui la convenzione medesima ne avesse acquistato alcuna, da' creditori i cui titoli abbiano data certa anteriore alla convenzione.

Eglino ammettono i primi esser tenuti a rispettarla sino a quando lo stesso loro debitore vi sarà tenuto.

Ma, rispetto a' secondi, eglino li ammettono a dimandare la divisione non ostante la convenzione (confr. Duranton, t. VII, n. 81; Vazeille, art. 815, n. 12; D., *Rac. alfab.*, v. Success.; Dutruc, n. 10 ed 11.)

C. Da ultimo, in conformità di una terza opinione, la convenzione sospensiva della divisione potrebbe venire opposta a tutti i creditori, sia posteriori, sia anteriori, eccetto unicamente a quelli i quali dovessero far valere una ipoteca anteriore alla convenzione o avessero, prima di conchiudersi, istituito azioni di divisione (confr. Aubry e Rau sopra Zachariae, t. V, p. 215.)

E, rispetto a noi, avvisiamo cotesta dottrina essere la più plausibile, quant'è volte però, come supponiamo, non si accingano al coerede debitore veruna specie di frode in detrimento de' suoi creditori, nella convenzione sospensiva di divisione da lui consentita; e se diversamente accadesse, se anche venisse semplicemente assodato il coerede medesimo essere già insolubile, nel momento della convenzione, noi medesimi ammetteremmo l'azione di divisione istituita da' creditori; e la complicità degli altri coeredi ci parrebbe sufficientemente emergere dal fatto avere eglino consentito tal convenzione col loro coerede già insolubile. Ma, tranne questa ipotesi, e se supponasi tutti i coeredi essere insolubili o la convenzione essersi lealmente fatta, e per gravi e legittimi motivi, noi avvisiamo potersi opporre a tutti gli aventi causa dei coeredi, i quali non avessero acquistato anteriormente un diritto proprio e distinto dal diritto del loro debitore (arg. dagli art. 1166—1167—1119—1120; confr. dec. C. di Rouen 4 lug. 1843, Renard, Dev., 1843, II, 490.)

510. — È questa la ragione per cui la convenzione potrebbe venire opposta al terzo ac-

quirente, cui uno de' coeredi avesse posteriormente ceduto, sia i suoi diritti ereditari, sia la sua porzione indivisa in uno degli oggetti della eredità (confr. L. 14, § 3, ff. comm. divid.)

514. — E quistione sommarmente controversa quella se il testatore possa validamente imporre a' legatarii da lui istituiti la condizione di non dimandare la divisione durante un quinquennio.

Tal quistione sorge altresì relativamente agli eredi legittimi, cui il loro autore avesse imposto la stessa condizione; ma in questo ultimo caso è mestieri però supporre avere il *de cuius* fatto la liberalità ad obbietto di assicurare la efficacia del suo divieto, entro i limiti della quota disponibile, sia istituendo estranei in vece di coloro i quali trasgredissero il suo divieto, sia attribuendo un vantaggio per antiparte a coloro i quali vi si sottoponessero, pel caso in cui altri dimandassero la divisione.

Nella maggior parte gli autori insegnano tal condizione doversi reputare non scritta. In conformità dell'art. 900—816: e tal dottrina poggia su due argomenti, cioè uno desunto da' testi, l'altro suggerito dalla ragione:

4° L'art. 815—731, dice, nel suo primo comma, dichiara potersi la divisione sempre dimandare, non ostante proibizioni e convenzioni in contrario; proibizioni, val dire clausole testamentarie; convenzioni, val dire accordi fra gli eredi. E questa la regola fermata dal legislatore, regola di ordine pubblico, la quale dovrà mantenersi per tutti i casi da esso medesimo non eccezzuati;

Or col secondo comma dell'art. 815 si apposta eccezione unicamente pel caso di convenzione fra gli eredi: esso dichiara: *ciò non-dimeno si può convenire*; e ciò che dimostra vie maggiormente tale espressione non comprendere qui la proibizione testamentaria si è col secondo comma dell'art. 815 aggiungersi *tal convenzione potersi rinnovare*; la qual cosa torna inapplicabile alla proibizione testamentaria, la quale ad evidenza non sarebbe suscettiva di rinnovamento;

Dunque relativamente alle proibizioni si rimane sotto l'impero dell'assoluto divieto fermato nel primo comma dell'art. 815.

2° Aggiungesi tal differenza tra la proibizione imposta furzatamente col testamento e la convenzione liberamente consentita dagli stessi condomini, tornare altronde agevole a comprendersi. « Dopo la morte del testatore avendo gli eredi avuto cognizione dello stato

della sua eredità del pari che de' loro scambievoli sentimenti, trovansi in grado di giudicare se possano, senza porre a ripentaglio la loro rispettiva tranquillità, senza esporsi a spiacevoli dissensioni, rinunziare, per un determinato tempo, alla facoltà di dimandare la divisione. Ma il testatore può mai conoscere, nel momento in cui dispone, se gli eredi suoi saranno inclinati a rimanere nella indivisione per un tempo qualsivoglia? Può mai prevedere gli accidenti i quali potranno, dopo la morte sua, produrre tra essi discordia? Può mai esser sicuro di non dolersi? Ad evidenza no. » Così si esprime Murlin (*Rep., supplém., v. Divisione*, § 4; confr. Chabot, art. 815, n. 2; Vazeille, art. 815, n. 10; Malpel, n. 242; Marcadé, art. 815, n. 1; Coulon, *Quist. di dir.*, t. I, p. 97; Bugnet sopra Pothier, t. VIII, pag. 151; Taulier, t. III, p. 376; Zachariae, *Massé e Vergé*, t. II, p. 72 e 364; Ducautroy, Bonnier e Roussting, t. II, n. 649; Demante, tom. III, n. 439 bis, II; Dutruc, n. 6.)

A creder nostro cotesta dottrina non è ben fondata; ed avvisiamo potere vittoriosamente rispondere a' due argomenti invocati da' suoi propugnatori:

1° Circa il testo dell'art. 815, ci sembra agevole dimostrare che il legislatore, così scrivendolo, non ebbe il minimo intendimento di ritenere la differenza che volse stabilire fra il testamento e la convenzione; e che per l'opposto, nella mente sua, il secondo comma si riferisce al primo interamente, val dire che la eccezione da lui arrecata alla regola applicasi alle proibizioni del pari che alle convenzioni.

E la inconcussa pruova, a parer nostro, ne è la seguente:

Basta leggere il luogo in cui Pothier, nel suo *Trattato delle successioni*, chiarì il nostro subbietto, per ravvisare quel luogo essere servito di tipo ai compilatori del Codice nello scrivere l'art. 815.

Or cotesto luogo di Pothier trovasi scritto nel seguente modo:

« Puoi esercitare l'azione di divisione anche quando i coeredi avessero tra loro convenuto non poter mai dimandare la divisione. . . »

« Per la stessa ragione, anche quando il defunto avesse inibito col testamento ai suoi eredi di dividere i propri beni . . . cotesta volontà del testatore, come contraria alla natura della comunione. . . , non dovrebbe osservarsi. »

« *Puossi nondimeno CONVENIRE validamente di differire la divisione sino ad un determinato tempo, purchè tale indugio venga imposto da qualche ragione di utilità: quindi, se il testatore non abbia inibito assolutamente la divisione dei suoi beni, ma siasi limitato ad ordinare differirsi per un determinato tempo, puta, sino alla maggiore età dei figli, tal disposizione della volontà sua debbesi osservare: la ragione si è che questa convenzione delle parti, questa volontà del defunto, la quale non mira a rendere perpetua la comunione dei beni fra coeredi, non è contraria alla natura della comunione...* » (Cap. IV, art. 4, § 1; ved. parimente *Introduzione alla cons. d'Orléans*, n. 71; e del *Quasi-contratto di comunione*, n. 197).

Come ben si scorge, il concatenamento delle idee e le espressioni di Pothier sono le stesse che quello adoperate nell'art. 815; e ad evidenza il pensiero è pure lo stesso!

Poche egli soggiunge: *puossi nondimeno CONVENIRE...*, ec.

E, immediatamente, come prima applicazione della eccezione, dice: *Quindi, se il testatore non abbia inibito assolutamente la divisione*, ec.

Dunque il vocabolo *convenire* viene adoperato da Pothier in senso amplissimo, il quale comprende la clausola testamentaria e la convenzione fra gli eredi.

Dunque i compilatori del Codice, i quali quasi testualmente lo trascrissero, adoperarono altresì il vocabolo *convenire* nel medesimo senso. Dallo avere egli aggiunto tal convenzione potersi *rinnovare*, non conseguita cotesta secondaria disposizione, la quale si riferisce alle sole convenzioni fra coeredi, doversi restringere l'ampiezza della disposizione principale, la quale indistintamente si riferisce alle proibizioni ed alle convenzioni propriamente dette.

Debbesi tanto più dividere tale essere stato lo intendimento del legislatore, in quanto che indubitabilmente non ignorava la nostra antica giurisprudenza francese porre assolutamente allo stesso livello il divieto del testatore e la convenzione delle parti; e, mentre inibiva al testatore ed alle parti stabilire un perpetuo stato d'indivisione, permettere parimente al testatore ed alle parti sospendere la divisione per un determinato tempo (conf. Despeisses, t. I, p. 144, n. 4; Lebrun, lib. IV, cap. I, num. 4, 8; Rousseau de La Combe, v. Div., sez. I, n. 4).

Ben sappiamo essersi accagionato al nostro antico diritto aver fatto in ciò un'abusiva interpretazione delle leggi romane (Dutruc, n. 3); ma non è questa la questione: ammettendo (la qual cosa altronde similmente crediamo) avere il diritto romano mantenuto, in tutta la sua severità, la regola che inibiva la forzata indivisione, lo indubitato sì è il nostro antico diritto francese permettere al testatore ed alle parti derogarvi per determinato tempo.

Or torna sommamente verosimile che il novello legislatore, se avesse voluto dipartirsi da tali antiche nazionali tradizioni, positivamente lo avrebbe dichiarato; ma, ben lungi dallo aver voluto dipartirsene, ha preso per contrario giudizialmente a seguire quello dei nostri antichi autori, il quale aveva più evidentemente assimigliato e confuso, su tal punto, il testamento con la convenzione propriamente detta.

Il fin qui detto riguarda il testo dell'articolo 815 ed il pensiero da cui mosse.

2° Ci sembra tanto più indubitato essere stato precisamente questo il divimento del legislatore, in quanto che non evvi, sotto questo rapporto, fra il divieto testamentario e la convenzione, alcun grave motivo di differenza; dappoichè, rispetto a noi, non ci sentiamo menomamente persuasi da quello invocato dai propugnatori della opposta opinione. In vero come mai comprendere il legislatore aver dichiarato nulla, essendo contraria all'ordine pubblico, nei testamenti la stessa clausola da lui permessa nella convenzione fra coeredi. Obbiettasi che trovandosi la indivisione loro forzatamente imposta nel primo caso, offrirà quindi maggiori inconvenienti e perigli che nel secondo caso, in cui verrà liberamente consentita da essi. Ma è questa ad evidenza, a parer nostro, una eccessiva preoccupazione; o tale esagerazione tornerebbe impossibile a giustificare! gl'inconvenienti della indivisione, prorogata soltanto per un quinquennio, non possono mai essere notevoli: lo stesso legislatore ha così diviso; anzi il legislatore ha potuto per contrario avere motivi sommamente ragionevoli e legittimi per volere che i successori del *de cuius* sospendessero la divisione durante un quinquennio dopo la sua morte, ad obbietto di attendere, per esempio, la maggiore età di uno di essi.

Altronde gli stessi successori possono liberamente accettare o pur no la testamentaria

disposizione tal quale venne fatta dal *de cuius*; e ciò che tornerebbe effettivamente contrario all'ordine pubblico sarebbe il permetter loro di recedere dal consenso da essi medesimi prestato alla clausola sospensiva della divisione accettando la liberalità.

Dunque concludiamo:

1° Che il *de cuius* abbia potuto validamente, con una testamentaria disposizione, sospendere per un quinquennio la divisione fra' suoi successori;

2° Che, se l'abbia sospesa per determinato tempo, ma eccedente il quinquennio, è uopo non dichiarar nullo il divieto, ma ridurre il termine al quinquennio.

3° Se il divieto si sia imposto per un tempo illimitato, è uopo ancora ridurre semplicemente, o per contrario annullare? trattiamo la questione circa le convenzioni; e la soluzione debbe essere, a erode nostro, la stessa per le proibizioni (*supra*, n. 502; conf. nostro C. cass. 20 gen. 1836, Rousset, Dev., 1836, I, 84; decisi. C. di Bordò 20 apr. 1834, Lynele, D., 1834, II, 444; di Aix 10 maggio 1841, Augier, Dev., 1841, II, 478; sentenza del trib. civ. della Senna 6 lug. 1849, Rossignol, D., 1849, III, 76; Delvincourt, t. II, p. 42, nota 5; Duranton, t. VII, n. 80; Durvergier sopra Toullier, t. II, n. 405, nota a; Aubry e Rau sopra Zachariae, t. I, p. 408, e t. V, p. 215).

512. — Con maggior ragione la clausola della donazione tra vivi, onde i donatarii avessero assunto tra essi e riguardo al donante l'obbligo di sospendere la divisione per un quinquennio, sarebbe obbligatoria; anzi, a parer nostro, è novello argomento avverso la dottrina la quale dichiara nullo il divieto testamentario, in forza dell'art. 900, l'essere ristretta a dichiarar pure, in forza dello stesso articolo, nullo il divieto scritto nella donazione tra vivi! (confr. Dotrue, n. 6).

513. — Un tempo ammettevasi, ad onta del divieto o della convenzione sospensiva della divisione, quella fra' coeredi il quale lasciavasi, come afferma Pothier, godere in comune, a dimandare la divisione provvisoria (*delle Succes.*, enp. IV, art. I, § 4).

Ma cotesta facoltà, la quale poteva spiegarci forse in una epoca in cui il tempo, durante il quale la divisione potevasi sospendere, non trovavasi determinato, ci pare oggidì impossibile, atteso il disposto con gli art. 815 e 1134 — 734 e 1088.

514. — Ben si comprende la regola ferma-

ta con l'art. 815, al pari della eccezione da esso apportatavi, essere applicabile alla vendita allo iocanto come alla divisione; dappoi che la vendita medesima è un modo di divisione (confr. Chabot, artie. 815, n. 10; Duranton, t. VII, n. 87; Dotrue, n. 8).

515. — B. Abbiamo osservato (*supra*, numero 498) che la regola potersi la divisione sempre dimandare comporta una seconda eccezione, toa! perpetua ed assoluta, per effetto di cui la dimanda di divisione debbesi pienamente escludere.

Siffatta eccezione rinviensi scritta nell'articolo 846 — 735, il quale è conceputo così:

« Può dimandare la divisione, quando ancora uno de' coeredi avesse goduto separatamente parte de' beni ereditarij, nel caso che non siavi stato un atto precedente di divisione, o non siavi un possesso bastante ad indurre la prescrizione. »

Ben si ravvisa che, a norma di questo articolo, la seconda eccezione ha luogo in due casi, cioè:

I. Se vi sia stato atto di divisione;

II. Se vi sia stato possesso sufficiente per acquistare la prescrizione.

Scendiamo alla successiva disamina di questi due casi:

516. — I. E primieramente, dichiara il testo in esame, la divisione può dimandarsi, se non siavi stato atto di divisione.

È tanto più importante il determinare chiaramente il senso di questa disposizione, in quanto che ha dato luogo, come ravviseremo, a gravissima equivoce.

Or il genuino senso di cotesta disposizione ci pare svelato nel modo più positivo, sia per lo scopo propostosi dal legislatore nello emetterla, sia pe' suoi medesimi termini.

In vero l'essenziale scopo o piuttosto lo scopo unico del legislatore è stato il proscrivere le presunzioni di divisione, che un tempo deducevansi, in più province, dal solo fatto del separato godimento per determinato tempo.

I glossatori avevano insegnato:

« Si quis probat . . . se possedisse rem ut propriam . . . et per decem annos inter presentes vel viginti inter absentes, solus subit onera et sensus commodi . . . verisimile est divisionem factam . . . » (*Gloss.*, in L. 4, C. com. divid.)

E la loro regola era invalsa in alcuni paesi consuetudinarij, io cui ammettevasi, a fianco

delle divisioni di dritto, risultanti dalla convenzione dimostrata fra le parti, le divisioni di fatto, emergenti, senza veruna altra prova di convenzione fra le parti, dal fatto solo di separato godimento, da parte de' coeredi, de' beni ereditarii, durante un determinato tempo, in generale di dieci o venti anni (conf. consuet. di Angiò, art. 433; del Maine, articolo 448; Despeisses. t. I, p. 141 e seg.; Guy Coquille, cons. di Nivernese, cap. XXV, art. 4).

Ma cotesta dottrina aveva pure incontrato molti oppositori: Lebrun scrisse difficilmente *venir seguitata la opinione de' glossatori* (lib. IV, cap. I, n. 2); o Pothier sembra non aver voluto mai adottarlo (*delle Successi*, cap. IV, art. 4, § 4; ed *Introd.* al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 72).

Ebbene! la medesima dottrina il novello legislatore volle proscrivere con l'art. 816; in altri termini volle proscrivere le divisioni di fatto per ammettere soltanto le divisioni di dritto, val dire quelle che sono risultamento della positiva convenzione delle parti.

Perfettamente in tal senso l'art. 816 venne spiegato nel Rapporto di Chabot al Tribunale e nel discorso di Siméon al Corpo legislativo (confr. Locré tom. X, pag. 265 e 301).

Ed il suo medesimo testo non ci pare dover lasciare neppure alcun dubbio su lo scopo proposito, nè conseguentemente su l'oggetto e l'ampiezza della sua disposizione:

« La divisione, dichiara l'art. 816, può
« dimandarsi, quando ancora uno de' coeredi
« avesse goduto separatamente parte de' beni
« ereditarii, nel caso che non siavi stato un
« atto di divisione, ec. »

Quindi la precipua ipotesi cui mirò quello articolo, la quale forma l'oggetto diretto della sua disposizione, è precisamente la ipotesi in cui uno degli eredi abbia separatamente goduto di parte de' beni della eredità; val dire l'ipotesi in cui un tempo sarebbesi ammessa la divisione di fatto, a prescindere da ogni prova di una positiva convenzione fra le parti; ed appunto intorno al caso così fermato lo articolo in esame statuisce cotesto separatogodimento non ostar alla dimanda di divisione, se non siavi stato atto di divisione, val dire ad evidenza se non siavi stata convenzione di divisione fra' coeredi (*infra*, num. 519, 520).

517. — Altronde è manifesto che, per ostar alla dimanda di divisione, è uopo che l'atto, val dire l'antecedente convenzione, abbia

avuto per obbietto e per risultamento una definitiva divisione.

La semplice divisione provvisoria o di godimento, anche quando fosse perdurata più di un trentennio, non potrebbe dunque rendere irricevibile l'azione di divisione (confr. *sopra*, n. 503, arresti C. cass. 45 febb. 1813, Maillon, Sirey, 4813, I, 316; 31 gen. 1838, comune di Saint-Seine, D., 4838, I, 461; 5 giugno 1839, de Braglie, D., 1839, I, 246; Merlin, *Rep. v. Divisione*, § 40, n. 2; Duranton, t. VII, n. 76; Poujol, t. II, p. 24.)

Non pertanto avvorrebbe diversamente, qualora, in vece di una semplice divisione provvisoria, come supponiamo, la quale non fa cessare il carattere precario del reciproco possesso, l'antecedente convenzione avesse attribuito a ciascuno de' coeredi diritti tali su gli oggetti compresi nella sua quota, come, a ragion di esempio, il diritto di alienare, che dovrebbero considerare, ad onta della denominazione dotale, qual definitiva divisione, nel senso che, anche quando un'azione qualsivoglia di liquidazione definitiva fosse ancora rimasta, dopo tale atto, a ciascuno de' coeredi, l'azione medesima avrebbsi potuto prescrivere col decorso del trentennio (confr. arresto C. cass. 2 ag. 1841, de La Villegonnan, D., 4841, I, 776; Dutrie, n. 234.)

518. — Ad evidenza è mestieri altresì che la convenzione di divisione anteriore sia valida: se dunque si trovasse colpita da una causa qualsivoglia di nullità o di rescissione, e la causa medesima venisse dedotta ed ammessa, potrebbesi dimandare una novella divisione.

Come similmente è necessario però che l'atto di divisione anteriore venga dimostrato, se non riconosci.

Ma tutto ciò che si riferisca alla intrinseca o estrinseca validità della convenzione di divisione, circa il merito o la forma, torna estraneo al disposto con l'art. 816.

Ciò che unicamente dichiara il legislatore, con l'art. 816, si è la dimanda di divisione potersi escludere sol quando siavi stata già una convenzione di divisione.

Ecco tutto!

Posto ciò, quali sono le condizioni di validità della convenzione di divisione?

Ed in qual modo può provarsi?

Il legislatore non se ne è occupato nell'art. 816; ed a dir vero si è ben comportato; avvegnachè non erat *his locus*!

519. — Non pertanto precisamente cotesto

articolo si è precipuamente invocato per sostenere doversi la divisione fare per iscritto, e la divisione verbale non esser valida o almeno doversi considerare provvisoria.

Cotesta tesi è pure, come si ravviserà, invalsa in giurisprudenza ed in dottrina.

Per sostenerla puossi argomentare nel seguente modo:

1° Il testo della legge è, dicesi, primamente tanto preciso che non sembra lasciar luogo a dubbio né a discussione (Massé e Vergé, *infra*).

In vero l'art. 816 richiede un atto di divisione, e non una divisione: or cotesta locuzione può dinotare soltanto un atto scritto, autentico o in privata scrittura, *instrumentum*.

E l'art. 816—738 è del pari esplicito quando soggiugne che « se tutti gli eredi sono presenti ed in età maggiore, la divisione può farsi in quella forma ed atto che le parti interessate crederanno conveniente. »

2° Aggiognesi con somma ragione la legge, per essere regolare e definitiva la divisione, richiedere, secondo i casi, o la garanzia delle forme giudiziali, o quella di una convenzione scritta; dappoiché, indipendentemente dalla sua importanza per la famiglia e per terzi, la divisione della eredità si compone di una serie di operazioni di natura speciale o complessa, come collazioni e prelevamenti, formazione di quote a saldo o pur no, stabilimento di servitù, conti e liquidazione di debiti attivi e passivi, di cui la prova testimoniale tornerebbe quasi sempre inefficace a dimostrare la esistenza. Conseguentemente il legislatore doveva, come ha fatto, richiedere un atto scritto, ad obbietto di antivenire le incertezze ed i giudizi, i quali sarebbero addivenuti inevitabili, senza questo saggio provvedimento! (Confr. decis. C. di Bourges 3 marzo 1832, Armanjeon, Dev. e Carr., *Collez. nuova*, 7, II, 178; di Bastia 29 nov. 1830, Poletti, D. 1831, II, 5; di Colmar 24 genn. 1832, Dreyfuss, Dev. 1832, II, 637; di Bastia 9 giugno 1833, il Tesoro, D. 1833, II, 57; arresto C. cass 6 lug. 1836, Flotta, Dev., 1836, I, 876; decis. C. di Tolosa 30 ag. 1837, Poniatu, Dev., 1838, II, 354; di Orleans 16 luglio 1842, Robin, Dev., 1842, II, 432; di Riom 10 mag. 1855, Bapt, Dev., 1856, II, 4; di Bastia 2 febb. 1857, Ettore, Dev., 1857, II, 129; Merlin, *Rep.*, v. *Divisione*, § 1, n. 2, o v. *Prescrizione*, sez. II, § 43, n. 6; Duranton, t. VII, num. 96 bis; Chabot, art. 816, n. 4, e Belost Joimont, Osserv. 4; Malpel, n. 243;

Poujol, art. 816, n. 6; Vazeille, *delle Success.*, art. 816, n. 4, 3, ed art. 819, n. 9; Marcadé, art. 816, num. 1; Ducaurroy, Bonnier e Roussing, t. II, n. 650; Massé, e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 363; Paolo Gilbert, *osserv.* su la riferita decisione della Corte di Riom, Dev., 1856, II, 4, note 1, 2.)

520. — Cotesta dottrina non ci pare doversi adottare.

Noi non ci faremo a risalire al romano diritto, a norma di cui non pertanto è indubitato le divisioni potersi fare verbalmente: *instrumentis etiam non intervenientibus* (L. 9; Cod. de fide instr.; agg. L. 12, Cod. famil. ercisc.; L. 4, Cod. comm. divid.)

La nostra antica giurisprudenza francese sembra avere parimente ammesso le verbali divisioni.

Laonde Rousseau de La Combe scrisse la divisione « non lasciare di esser valida, comunque non siasene disteso atto scritto » (*Rac. di giurispr.*, v. *Divisione*, sez. III, n. 4).

Similmente Davot e Baunetier, dopo aver detto la *pruova testimoniale* (della divisione non scritta) *doversi escludere*, soggiungono: *oltre il valore di cento lire*; dalle quali cose risulta la *pruova della divisione trovarsi in ultima analisi sottoposta alle regole del diritto comune* (t. III, lib. III, trattato 5, cap. XXV, § 4, n. 4).

Anzi! osservammo che giugnervasi un lembo, in alcune province, cioè ad ammettere *divisioni di fatto*, val dire divisioni, le quali non solo non erano scritte, ma non erano neppure, se puossi così dire, verbali, nel senso attenersi al fatto stesso del godimento separato, senza menomo riguardo all'incircostanza se vi fosse stata o pur no convenzione di divisione fra coeredi (*supra*, n. 516). È ben vero cotesta dottrina venire sommamente oppugnata, e, fra gli oppositori, taluni richiedere esservi almeno, in sostegno del separato godimento, qualche *amminicolo*, ed altri anzi sembrar richiedere un atto scritto; ma conviene por mente quegli autori, così esprimendosi, avere unicamente per iscopo di proscrivere le *divisioni di fatto*; e non è nemmeno dimostrato intendere proscrivere la convenzione di divisione, anche verbale, quando altronde venisse dimostrata in conformità delle regole ordinarie (confr. Potliet, *delle Success.*, cap. IV, art. 4, § 4; Lebrun, lib. IV, cap. 4, num. 3; Despeisses, tom. I, pag. 1-8).

521. — Del rimanente, checchè sia delle

antiche tradizioni, dobbiamo oggidì risolvere la questione in conformità dei testi del Codice e degli odierni principii da esso fermati.

Or nostro divisamento si è che oggidì la divisione possa farsi verbalmente e che il legislatore del 1804 non l'abbia sottoposta ad alcuna speciale condizione relativamente al modo di prova.

Torna indubitato che, sotto l'impero del Codice, la scrittura non richiegga qual condizione di validità della convenzione (articoli 1108, 1341, cc. — 1062, 1295): cotesta regola è generale; e debbesi osservare in tutti i casi in cui nessun testo vi abbia specialmente apportato eccezione. È ben vero rinvenirsi talune eccezioni di questo genere; ma il legislatore fu sempre solerte a positivamente fermarle con espressi testi di legge (confr. art. 931, 1394, 2044, 2127 — 853, 1318, 1946, 2013, ed il nostro *Trattato delle scritture*, t. II, n. 730).

È questa la base nostra ed è questo il punto da cui prendiamo le mosse.

Trattasi semplicemente di conoscere se vi sia un testo il quale, per eccezione al comune diritto, richiegga, per la convenzione di divisione, la solennità della scrittura qual condizione della sua intrinseca validità.

Ebbene! crediamo poter dimostrare la negativa mercè tre principali argomenti, stabilendo:

1° Che la necessità della scrittura non emerge dai testi invoenti, nè dai motivi su cui trovansi fondati i testi medesimi;

2° Che la opposta dottrina rinviensi siffattamente priva di sostegno nella legge, che i suoi propugnatori non possono tra essi porsi di accordo intorno alla estensione sua ed alle sue conseguenze;

3° Da ultimo che in vero cotesta dottrina tornerebbe eccessiva, e che non solo il legislatore non l'ha ammessa, ma che ha potuto avere gravissime ragioni per non ammetterla:

4° Affermiamo nessun testo di legge richiedere farsi per iscritto la divisione.

I propugnatori della opposta opinione invocano gli art. 816 ed 819 — 735 e 738, ed interpretano la espressione *atto di divisione*, *atto*, adoperata in quegli articoli, nel senso della necessità della scrittura.

Ma siffatta interpretazione ci pare del tutto inammissibile.

È ben noto il vocabolo *atto* essere oltremodo equivoco e suscettivo, fra gli altri, di due diversi significati: in vero ora dinota una

scrittura destinata a costituire una prova, *instrumentum*; ora esprime la idea di una convenzione, di una operazione qualsivoglia, *negotium*; e noi l'abbiamo scorto già adoperato in queste due significazioni quasi simultaneamente (art. 778 — 693; ved. il tom. II, n. 374; confr. pure i significati del vocabolo *atto* negli art. 800, 1167 C. Nap. — 747, 1120, e 146, 147 C. com. — 138, 139; Merlin, *Rep.*, v. *Atto*).

Or è agevole dimostrare questa ultima significazione essere l'unica dal legislatore attribuitavi negli art. 816 ed 819.

La nostra dimostrazione venne già fatta relativamente all'art. 816: osservammo che il legislatore, volendo inibire le divisioni di fatto, desunte un tempo dal semplice fatto del separato godimento per determinato tempo, a prescindere dalla prova di ogni convenzione di divisione, ha unicamente inteso statuire la divisione poter emergere da un *atto di divisione*, val dire ad evidenza da una convenzione di divisione (*supra*, n. 516). Si è pure sostenuto, nel senso della nostra dottrina, che ammettendo che il vocabolo *atto*, nell'art. 816, esprimesse la idea di un atto scritto, tutto ciò che ne emergerebbe si è avere il legislatore avuto in mira il caso più ordinario, il quale è di fatti quello in cui della divisione venga formata scrittura; ma che questa formola non aveva per iscopo di esprimere e non esprimeva di fatti una sostanziale condizione della divisione. Noi stessi crederemmo così, supponendo, per un momento, tale essere il senso del vocabolo *atto* nell'art. 816; ma avvisiamo aver dimostrato tale non essere del tutto poi la sua significazione.

E, circa l'art. 819, ci è malagevole il comprendere come mai i propugnatori della opposta opinione abbiano potuto trarne argomento; avvegnachè, ben lungi dal richiedere, come eglioo pretendono, una scrittura per la validità della divisione, quello articolo dichiara, nel più positivo modo, nessuna speciale condizione, nè per la forma, nè pel merito, richiedervisi oltre quelle del comune diritto!

« Se tutti gli eredi sono presenti ed in età e maggiore, la divisione può farsi in *quella* e *forma* ed *atto* che le parti interessate creano d'ora innanzi conveniente. »

In *quella* forma che elleno stimino conveniente, val dire precisamente, sia per *atto* autentico, sia per privata scrittura, sia ver-

lamente: noi non crediamo potersi spiegare tale espressione senza riferirla alla forma estrinseca ed instrumentaria: in vero allora che mai dinoterebbe il vocabolo *atto*?

In quello *atto* che elleno stimino conveniente, val dire con quella convenzione o operazione che loro converrà adottare, sia mercè divisione propriamente detta, sia mercè vendita, permuta o transazione, come dichiara similmente l'articolo 888 — 808.

L'art. 888! ma a dir vero forse non risolve la questione in esame! Esso adopera pure, e per tre volte! il vocabolo *atto*, lo stesso vocabolo che rinviensi negli art. 846 ed 849, cui corrisponde; e cotesto vocabolo ha al certo, negli art. 846 ed 849, la stessa significazione che nell'art. 888;

Or nessuno sicuramente sosterrà che, nell'art. 888, il vocabolo *atto* dinoti la scrittura; ed è manifesto che questo vocabolo, nell'articolo 888, dinota la stessa convenzione, quella specie di operazione che abbia fatto le veci di divisione;

Dunque tale significazione ad evidenza è pure quella da attribuirsi al vocabolo medesimo negli art. 846 ed 849.

Come! in un testo quale è quello dell'articolo 849, che ha precisamente per iscopo di concedere ai coeredi presenti e di età maggiore massima libertà, circa la forma e la sostanza, in similgiante testo, estensivo quanto esser possa un testo, pretendesi rinvenire restrizioni ed ostacoli, i quali renderebbero per contrario ai coeredi presenti e di età maggiore estranei il diritto comune e la ordinaria libertà delle convenzioni! ma è questo il più compiuto sovvertimento della mente del legislatore!

Quando la divisione ha luogo fra eredi tutti di età maggiore e presenti, diceva Treilhard al Corpo legislativo, possono liberamente procedervi nella forma da essi stimata più conveniente (Loché, t. X, p. 498).

Val dire che l'oratore neppur profferiva il vocabolo *atto*, da cui trae origine tutto il male! e la parola sua, altamente unisona al genuino pensiero della legge, appalesava la idea della libertà più compiuta sotto tutti i rapporti (ved. eziandio l'art. 985 C. pr. — 1064).

Il Codice si è espresso in modo affatto diverso, quando ha voluto, per eccezione al diritto comune, richiedere la scrittura.

Questo contratto, dichiara l'art. 2044 —

1946 (la transazione) *debbe essere ridotto in iscritto*.

E certamente non avrebbe mancato di adoperare qualche formola analoga a quella, cotanto chiara e precisa, se avesse voluto apportare altresì eccezione, circa la divisione, ai principii generali ed al diritto comune!

Dunque è disconoscere profondamente la volontà sua il desumere tale eccezione da una formola la quale non avesse menomamente tale oggetto.

L'art. 4582 — 4427 dichiara che la vendita può farsi per *atto autentico* o in *privata scrittura*; e nessuno, ad onta di cotesta formola, la quale non è nulladimeno molto esatta, ha sostenuto la vendita non potersi fare verbalmente: si è fatto osservare avere Portalis spiegato il testo medesimo nella *Esposizione dei motivi della vendita*, affermando la scrittura non essere richiesta *ad solemnitatem*, ma semplicemente *ad probationem*. Ehi! indubitabilmente! ma forse ciò annienta l'argomento da noi desunto dalla formola adottata dal legislatore? e non rimane forse sempre vero cotesta formola non escludere la vendita verbale?

Dunque ci è impossibile rinvenire negli articoli 846 ed 849 un testo il quale richiegga doversi la divisione, per esser valida, fare per iscritto; e siccome non potrebbesene citare veruno altro, così ne inferiamo la divisione, circa la forma, rimanere sotto l'impero del diritto comune o potersi fare verbalmente.

2° Se il testo medesimo effettivamente sussistesse, l'avversa dottrina ci offrirebbe lo spettacolo delle discordie e degli seismi che la lacerano!

A dir vero che mai accade ai partigiani di cotesta dottrina? dopo avere fermato di accordo la regola gli art. 846 ed 849 sottoporre la validità della divisione alla condizione della scrittura, non possono più intendersi tra essi nè circa l'ampiezza, nè circa le conseguenze di siffatta regola!

Quindi da un lato taluni richieggono un *atto scritto* per la divisione delle eredità immobiliari, ed ammettono la divisione verbale delle eredità mobiliari (confr. Delvincourt, t. II, p. 433; Duranton, t. VII, n. 96; Poujol, art. 846, n. 5, Fouët de Confians, articolo 849);

Impossibile distinzione: avvegnachè gli articoli 846 ed 849 sono applicabili alle divisioni delle eredità mobiliari del pari che alle

divisioni delle eredità immobiliari; o se richiegono un atto scritto per le une, ad evidenza il richiegono similmente per le altre!

Quindi d'altro lato alcuni ammettono la divisione, anche semplicemente verbale, esser valida ed obbligatoria, se vi fosse confessione (Marcadé, art. 815, n. 1);

Concessiono, o piuttosto contraddiziono sommamente pericolosa, contro la quale gli altri protestano, e la quale trarrebbe seco l'ammissione del giuramento litis-decisorio ed eziandio dello interrogatorio sopra fatti e loro circostanze;

Mentre gli altri alla volta loro insegnano per contrario la divisione verbale trovarsi colpita da radicale nullità, per guisa da non esservi luogo ad ammetterne veruna pruova, e da escludere egliino non solo la pruova testimoniale, con principio di pruova scritturale, e lo interrogatorio sopra fatti e loro circostanze, ma eziandio il giuramento o la stessa convenzione!

La qual cosa è più conseguente, se vogliamo, e più logica, ma conviene confessarlo del pari, effettivamente esorbitante; talchè i nostri onorevoli colleghi di Strasburgo avevano diviso i *propugnatori stessi di cotesto sistema dover retrocedere avanti a siffatta conseguenza* (loc. infra); non pertanto non sono retroceduti! e sono giunti sino a sostenere la nullità della divisione verbale potersi, a voler loro, dimandare da colui medesimo il quale ne confessasse la esistenza, val dire che sono giunti a mostrarsi, per la pruova della divisione, molto più esigenti che per la pruova della transazione, riguardo a cui ammettesi generalmente, ad onta dei termini dell'art. 2014, potersene dimostrare la esistenza mercè il giuramento litis-decisorio o lo interrogatorio sopra fatti e loro circostanze (confr. decis. C. di Nancy 29 lug. 1837, Cholley, Dev., 1839, II, 440; Merlin, *Quist. di dir.*, v. *Transazione*, § 8, n. 4, 2; Duranton, t. XVIII, n. 496; ved. nondimeno Troplong, *delle Transazioni*, articolo 2014, num. 29).

3° Finalmente aggiugniamo il legislatore essere stato mosso di fatti da gravissime ragioni per non sommettere la legale esistenza della divisione alla condizione di un atto scritto: non disconosciamo pure la gravità delle considerazioni messe in campo da' propugnatori dell' avversa dottrina circa il sovente oltremodo complicato carattere delle operazioni e delle clausole della divisione; ma

a cotesta opposizione possono farsi due risposte:

Primieramente il rimedio al male, che viene additato, rinviensi precisamente nella estrema difficoltà della pruova, pe' coeredi, i quali non avessero disceso in iscritto il loro atto di divisione: la pruova testimoniale dovrebbe ammettersi sol quando la cosa non eccedesse il valore di cento cinquanta franchi; e, supponendo anche il principio di pruova scritturale poter fare ammettere la pruova per testimoni e presunzioni, il successo di tal pruova tornerebbe sempre tanto più maleagevole per quanto la operazione fosse stata più complicata: la stessa osservazione applicasi allo interrogatorio sopra fatti e loro circostanze ed eziandio al giuramento. Quindi in fatto le divisioni di qualche importanza vengono formate per iscritto; per modo che in pratica la libertà lasciata dal legislatore alle parti di fare la divisione in quella forma da essa stimata opportuna, per iscritto o verbalmente, non offre in realtà veruno inconveniente.

Mentre per contrario (è questa la nostra seconda risposta), vi sarebbero stati inconvenienti infinitamente gravi nel formare della divisione un atto solenne, per guisa da divonire la scrittura una condizione costitutiva e sostanziale della sua esistenza! Chi non iscorge di fatti le conseguenze di tal sistema! Dunque sarebbe stato necessario, per la divisione delle più tenui eredità, un atto scritto, o se le parti non avessero saputo o potuto scrivere o firmare, un atto notarile! La divisione, eziandio confessata e riconosciuta, quella stessa da tutte le parti, per lungo tempo, eseguita pubblicamente, sinigliante divisione potrebbe, dietro la dimanda di una di esse, dichiararsi non avvenuta!

Nulla dimostra meglio quanto cotesti risultamenti sarebbero eccessivi, e nel tempo stesso quanto la dottrina da noi combattuta torni poco solida di per sè, nulla il dimostra meglio, affermiamo, degli ondeggiamenti suoi e delle sue oscillazioni a fronte di siffatti risultamenti.

In vero che mai accade quando si offrono tali risultamenti?

Questa medesima dottrina li proscrive! avvegnachè dopo avere statuito che:

« Pel vocabolo *atto*, nell'art. 816, la legge ha inteso un atto scritto... » e che quindi l'atto (non sottoscritto dalle parti) è *radicalmente nullo*, » per guisa che tale nullità non può sanarsi mercè la esecuzione e l'acquisto

scenza delle parti (Arresto C. cass. 6 luglio 1836, Flotta, Dev., 1836, I, 876);

Possia si statuise che:

« Atteso che si è assodato in fatto essersi la divisione effettuata da periti amichevolmente prescelti da tutti gli aventi diritto; che se non è stata sottoscritta dalle parti, elleno se ne hanno appropriato tutte le disposizioni mercè una esecuzione compiuta e non interrotta pel corso di ventiquattro anni; e che quindi la divisione così formata debbesi dichiarar valida. » (Arresti C. cass. 21 gennaio 1842, Rongagnon, Dev., 1842, I, 745; confr. pure arresto 27 apr. 1836, Faléze, Dev., 1836, I, 946).

Rispetto a noi, plauiamo al certo a siffatto modo di decidere!

Ma a dir vero come mai spiegarlo in conformità della dottrina, onde pretendesi la scrittura essere della essenza della divisione e la divisione non scritta essere radicalmente nulla!

Dunque cotesta dottrina è di per sé medesima insufficiente; e tale ultima prova compie la nostra dimostrazione.

Rispetto a noi, siamo convinti il Codice nulla di speciale avere stabilito circa la prova della divisione, ed averla lasciata, come il contratto di società, sotto l'impero del diritto comune. La società al certo è pure un contratto, il quale si compone spesso di molte clausole diverse; ed anzi all'art. 1834 il legislatore è stato sollecito a dichiarare di ogni società doversi distendere scrittura: sì! ma soltanto nel senso la prova testimoniale non doversi ammettere, quando il suo oggetto cederà il valore di centocinquanta franebi; la qual cosa non esclude menomamente, circa il contratto di società, la prova testimoniale con principio di prova per iscritto, nè le presunzioni, nè il giuramento, nè lo interrogatorio sopra sopra fatti e loro circostanze.

È a dire lo stesso, a parer nostro, della divisione, per cui tutti i generi di prova sono ammissibili, secondo le ordinarie condizioni determinate dal diritto comune.

È questa la nostra conclusione, la quale ci lascia nondimeno un vero rinerecimento, quello di trovarci in disparere col nostro stimabile collega Paolo Gilbert, il quale si gentilmente ne ha citati nell'ottimo articolo da lui pubblicato su tal quistione (ved. Dev., 1836, II, 4, note 4, 2); ma se le sue ingegnose osservazioni non ci hanno convinto, almeno ci hanno molto giovalo (confr. decis.

C. di Bourges 49 apr. 1839, Jouhanneau, Dev., 1839, II, 422; di Montpellier 46 agos. 1842, Izard, Dev., 1843, II, 448; di Bordò 20 nov. 1852, Raymond, Dev., 1853, II, 56; Maleville su l'art. 816; Duviergier sopra Toullier, t. II, n. 497, nota 4; Mourlon, *Ripet. scrit.*, t. II, p. 129; Demante, t. III, n. 410 bis, 1; Aubry e Rau sopra Zachariae, t. V, p. 249; Dutrie, n. 49, 20; Rodière, osservazioni su la decisione della Corte di Riom del 40 maggio 1855, *G. del F.*, 1857, t. I, p. 44, 45; D. *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 1621 (1).

522. — Del rimanente un punto non controvertito in alcuno de' sistemi testè esposti si è che, quando siavi stato atto scritto di divisione e l'atto medesimo sia irrito o nullo, il magistrato può, in forza della prova testimoniale e delle presunzioni, ammettere e dichiarare la consistenza delle quote attribuite a ciascuno de' dividendi.

E dovrebbe così avvenire, a parer nostro, sia che non venisse oppugnato essersi disteso l'atto scritto, sia che il fatto della sua esistenza venisse disconosciuto, se altronde ne venisse somministrata la prova (arg. dall'art. 1348 — 1302; confr. arresto C. cass. 20 genn. 1841, Berthonnier, Dev., 1842, I, 577; Bonnier, *Trattato delle prove*, n. 413).

523. — II. Il secondo caso della eccezione in esame, ed in cui la divisione non può più dimandarsi, è quello nel quale siavi stato possesso sufficiente per acquistare la prescrizione (supra, n. 315).

La regola all'obbietto si è, in conformità dell'art. 815 — 734, potersi sempre dimandare la divisione; ovvero, in altri termini, essere imprescrittibile l'azion di divisione.

Quale ne è il motivo?

L'art. 845 ce lo disciela così: Nessuno può essere astretto a rimanere nella indivisione: il qual motivo dimostra la stessa regola supporre la indivisione, val dire il possesso ed il godimento comune esser sempre sussistiti.

L'essere allora imprescrittibile l'azion di divisione torna agevole giustificare mercè più di una decisiva ragione:

4° La prescrizione, la quale ritiene uno stato di cose perdurato un certo periodo di tempo, poggia su la presunzione il medesimo stato di cose essere il risultamento di una causa legittima, di una convenzione, per e-

(1) La Camera dei ricorsi della Corte di cassazione annullò il ricorso avverso la decisione della Corte di Anversa, onde venne statuito la divisione potersi validamente fare senza scrittura (Oeris. 49 lug. 1858, Bordeaux, *Gazette de Tribunaux* del 20 luglio 1858).

sempio: or simigliante presunzione tornerebbe qui impossibile, dappoiché la più espressa convenzione di rimanere nella indivisione sarebbe nulla: dunque la stessa più lunga durata della indivisione non potrebbe far presumere la convenzione delle parti di non dimandare la divisione.

2° La facoltà di dimandare di far cessare la indivisione è altronde essenzialmente insita al carattere della stessa indivisione; val dire che essa costituisce uno di quegli atti meramente facoltativi, i quali non potrebbero estinguersi mercè prescrizione (art. 2232—2138);

3° Finalmente la promiscuità emergente dalla indivisione, e conseguentemente il possesso equivoco e precario di ciascuno de' coeredi verso i suoi coeredi, costituisce del pari un perpetuo ostacolo ad ogni prescrizione avverso l'azione di divisione (articolo 2223—2135).

Quindi la divisione può sempre dimandarsi, « anche quando sia trascorso un secolo », diceva Pothier, da che i quasi-socii posseggano in comunione. » (*Del Quasi-contratto di com.*, n. 497); e lo stesso Lebrun ha potuto giungere sino ad affermare, senza porre a rischio la veracità della nostra regola: « che mille anni di possesso non formerebbero un principio di prescrizione! » (*Lib. IV, cap. I, num. 85*).

524. — Sotto questo rapporto, è uopo non confondere la petizione di eredità, di cui trattammo altrove (*ved. il nostro Trattato dell'assenza*, num. 232 e seg.), con l'azione di divisione di cui dobbiamo qui trattare.

L'azione di divisione, propriamente detta, suppone la qualità di coerede ravvisarsi in persona dell'attore, e conseguentemente suppone la esistenza della indivisione in fatto ed in diritto.

Mentre nella petizione di eredità per contrario la qualità ed il titolo dell'attore vengono disconosciuti dal convenuto; la qual cosa non suppone la indivisione essere esistita in fatto (*confr. arresto C. cass. 5 genn. 1814, Pollin, Sirey, 1814, I, 492; 23 nov. 1831, Marconnay, Dev., 1832, I, 67; Lebrun, lib. IV, cap. I, n. 85; Duranton, t. VII, n. 92 e 97; Malpel, num. 213; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 482, 486*).

E questo appunto è il motivo per cui l'azione di petizione di eredità, ovvero, con maggior esattezza, la petizione di eredità, può prescriversi in conformità del diritto comune

(art. 2262—2169; *ved. pure infra*, n. 633).

525. — Ma per contrario quando la indivisione esista, val dire quando il rispettivo diritto di ciascuno dei coeredi sia stato reciprocamente riconosciuto, la prescrizione va incontro ai tre ostacoli da noi testè additati (*supra*, n. 523).

E la natura di questi ostacoli è tale, cotanto assoluta e perpetua, che non sembra, a primo aspetto, possibile immaginare come mai una prescrizione qualsivoglia avverso l'azione di divisione potesse aver luogo!

Ciò torna evidentissimo, se tutti i coeredi congiuntamente abbiano il possesso indiviso e comune dei beni ereditarij (*confr. arresto C. cass. 8 apr. 1850, comune di Lannéjols, Dev., 1850, I, 527*).

Ed anche supponendo, sia che ciascuno di essi abbia il possesso e il godimento di taluni beni, sia che un solo o più di essi abbiano il possesso ed il godimento di tutti i beni, forse il possesso ed il godimento medesimi separati non traggono il principio loro o la primitiva loro base dalla indivisione? e quindi la prescrizione non rinviensi forse impedita del pari in ambi i casi dalla duplice regola, da un lato i coeredi, come insegna Pothier, *reputarsi possedere così uni per gli altri (dalle Success., cap. I, art. 1, § 4)*; e d'altro lato nessuno poter prescrivere contro il proprio titolo, val dire mutare a sè stesso la causa ed il principio del proprio possesso? (*Art. 2210—2156*).

Al certo gravissimi sono siffatti argomenti; o forse anche conviene ammettere che, quando il legislatore, nell'antico come nel novello diritto, ha ammesso l'azione di divisione potere, in alcuni casi, eliminarsi dalla prescrizione, è stato mosso piuttosto da considerazioni di pratica utilità che dal rigore dei principj.

Laonde il carattere della prescrizione ammessa nella subbietta materia offre alcun che d'incerto; e non torna agevole affermare se sia estintiva anziché acquisitiva, o viceversa; anzi, rispetto a noi, avvisiamo partecipare simultaneamente della natura dell'una e dell'altra prescrizione.

In vero da un lato tornerebbe malagevole il negare essere estintiva, quando si consideri applicarsi a cose non suscettive di vero possesso, di quel possesso richiesto precisamente per la prescrizione acquisitiva, come la universalità giuridica della eredità, e più generalmente le cose incorporeali.

E d'altro lato è uopo altresì confessare do-

versi, sotto alcuni rapporti, rigaardare acquisitiva, nel senso andare specialmente subordinata dalla legge a talune condizioni di possesso.

526. — Cheecchè ne sia, disaminiamo quali sono i casi in cui l'azion di divisione possa eliminarsi dalla prescrizione.

Con l'art. 816 il legislatore ne ha contemplato un solo, val dire:

A. Quello in cui uno dei coeredi avesse separatamente goduto di parto dei beni ereditarii.

Noi ci faremo a ragionarne dopprima; e poscia prenderemo a ragionare intorno agli altri casi non direttamente contemplati con l'articolo in esame, ma che esso virtualmente suppone, val dire:

B. Il caso in cui ciascuno de' coeredi avesse goduto separatamente di parti, eguali o ineguali de' beni ereditarii;

C. Il caso in cui un solo de' coeredi avesse goduto separatamente di tutti i beni della eredità;

D. Finalmente quello in cui tutti i coeredi, o parecchi di essi, avessero goduto congiuntamente di tutti i beni dell'eredità, ad esclusione di un solo o più de' loro coeredi.

527. — A. L'unico caso con l'art. 816 direttamente contemplato è quello in cui uno de' coeredi abbia goduto separatamente parte de' beni ereditarii; e l'articolo medesimo dichiara non potersi più allora dimandare la divisione, se siari stato possesso bastante ad indurre la prescrizione.

Di qui innanzi tatto discende una prima quistione, val dire:

Se il fatto del separato godimento da parte di uno de' coeredi sia sufficiente? ovvero se sia inoltre necessario esservi stato mutamento al titolo e nella causa del suo possesso, in conformità dell'art. 2238 — 2444?

Si è insegnato le espressioni *se siari stato possesso bastante ad indurre la prescrizione*, adoperate nell'art. 816, avere precisamente per iscopo di richiedere tale mutamento, e tale essere cziandio la conseguenza de' veri principii: il possesso del coerede, il quale tragga origine dallo stato di comunanza indivisa, è, dicesi, precario ed equivoco; e di necessità debbe continuare ad esser tale, qualora non trovasene mutata la causa: quindi il possesso cominciato a titolo di usufruttuario, per quanto lungo, cziandio dopo la estinzione dell'usufruttuario, non può mai produrre a pro dell'usufruttuario, né a pro de' suoi succes-

sori, alcuna prescrizione, se il titolo non se ne trovi mutato (art. 2236 — 2442; confr. Zachariae, Aubry e Rau, tomo V, pag. 246.)

Ma avvisiamo cotesta dottrina osteggiare, sia il testo dell'art. 816, sia i particolari principii del nostro subbietto:

1° Ci pare indubitato la espressione *se vi sia stato possesso bastante ad indurre la prescrizione* riferirsi alla sola durata della prescrizione: è questo, a parer nostro, il senso del vocabolo *bastante*, ec. Ciò che riguarda il carattere legale e le intrinseche condizioni del possesso riuvienti fermato con la prima parte del testo in esame, *quando uno de' coeredi avesse goduto separatamente parte dei beni*, val dire cho al solo fatto del *separato godimento* dal conto di uno de' coeredi l'art. 816 si attiene, senza richiedere altronde veruno mutamento ne' termini dell'art. 2238 — 2444. Dunque nno de' coeredi ha forse goduto separatamente, val dire a titolo privativo ed esclusivo di ogni indivisione, amministrando come unico padrone, sopportando solo i pesi, conseguendo solo i vantaggi, pro suo? è questa la idea che anima il testo in esame: era pur questa, come osservammo innanzi (n. 516), la idea de' glossatori: se noa che la conseguenza che ne desumevano era eccessiva: il Codice nostro l'ha modificata; ma esso ha in mira lo stesso fatto.

2° Rispetto all'argomento desunto, in senso opposto, da' principii generali in materia di prescrizione, fa di mestieri essere guardingo! avvegaachè nientemeno ci menerebbe a dichiarare all'obbietto impossibile ogni prescrizione. In vero noi stessi abbiamo ciò riconosciuto: forse tal sarebbe la rigorosa conseguenza di tali principii (*supra*, n. 523); ma il legislatore non si è attenuto a cotesto rigore; ed è uopo aggiugnere fra le gravi ragioni di pratica utilità, le quali lo sospingevano a dipartirsene, rinvenirsi pure, in questa speciale materia, una giuridica ragione per ammettere la prescrizione senza mutamento di titolo; val dire che la divisione, per effetto di cui i coeredi pongono termine allo stato d'indivisione, esistente tra essi, è un naturale e verosimile avvenimento, al certo più verosimile dell'acquisto fatto dall'usufruttuario u da' suoi successori della cosa gravata di usufrutto: or la prescrizione poggia su la supposizione di una legittima causa di acquisto, la cui prova non può più esibirsi: dunque era naturale ed cziandio, sotto un determinato punto di veduta, giuridico il supporre, dopo

un trentennio di separato godimento di uno de' coeredi, che tale stato si prolungato fosse il risultamento, sia di una divisione verbale, sia di una divisione scritta, il cui titolo fosse irritato o smarrito; e tale prescrizione doveva qui tanto più venire ammessa, in quanto che è, come osservammo, estintiva del pari che acquisitiva (Confr. Pothier, *delle Success.*, cap. IV, art. 4, § 1: Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 407, nota 4; Demante, t. III, n. 440 bis, II.)

528. — Il possesso ed il godimento separato potrebbe però provarsi, sia mercè scritture, come locazioni, nientemeno di riparazioni, ec., fatti dal coerede solo ed in proprio nome, sia per mezzo di testimoni; dappoichè trattasi di un fatto di cui non eravi luogo a pronunciarsi la prova scritturale (art. 4348, 4353 — 4362, 4367; confr. Pothier, *loc. supra*; Dutruc, n. 229.)

529. — Il possesso sufficiente per raggiungere la prescrizione è qui il trentennale (art. 2262 — 2269), e non quello di dieci o venti anni (art. 2265 — 2271).

Primieramente essa è estintiva, sotto alcuni rapporti, del pari che acquisitiva;

E, considerandola pure come acquisitiva, può essere ancora solo trentennale: dappoichè la prescrizione decennale richiede un giusto titolo (art. 2265): or questo giusto titolo, nella suddetta materia, potrebbe essere semplicemente una divisione, la quale appunto non esiste. Il solo titolo che il possessore medesimo potrebbe avere sarebbe dunque quello di coerede, val dire un titolo, il quale, ben lungi dall'essere giusto, val dire di natura tale da produrre un possesso utile per prescrivere, costituirebbe di per sè solo, qualora volesse in vocarlo, un perpetuo ostacolo alla prescrizione (Confr. arresto C. cass. 4 giugno 1853, Orsini, D., 4853, I, 298; Merlin, *Rep.*, v. *Divisione*, § 2, n. 4; Denizart, v. *Divisione*, n. 41; Rousseau de La Combe, v. *Divisione*, sez. 4, n. 2; Dutruc, n. 224.)

530. — Relativamente al punto da cui debbe cominciare a computarsi il trentennio, è uopo dire dover cominciare dal giorno in cui il coerede abbia principiato a godere separatamente ed in proprio nome di una parte dei beni della eredità, come se avesse avuto luogo la divisione (confr. arresti C. cass. 23 nov. 1834, Marconnay, Dev., 1832, I, 67; 4 giugno 1853, Orsini, D., 1853, I, 298; Duranton, t. VII, n. 88, Vazeille, *delle Prescriz.*, n. 377 e seg.; Zachariae, Massé e Vergé, t. II, p. 73.)

DEMOLOGIE, Vol. VIII.

531. — Cotesla prescrizione è al certo, a parer nostro, trentennale in tutti i casi, pei mobili come per gl'immobili, ed anche quando si trattasse di eredità meramente mobiliare.

Temperamenti e distinzioni, che non ci sembrano menomamente fondati, vennero nondimeno ammessi all'obbietto da più giuriconsulti:

Da alcuni, i quali, invocando la massima in fatto di mobili il possesso vale per titolo (art. 2279 — 2285), hanno desunto una istantanea prescrizione dal fatto attuale i coeredi godere separatamente de' mobili ereditarij (confr. Delvincourt, t. II, p. 43, nota 8; Pouët de Conflans, art. 819);

Dagli altri, i quali ammettono in questo caso la presunzione di divisione sol dopo un determinato periodo di tempo, la cui durata molto dipenderebbe dalle circostanze, e a quale dovrebbe essere generalmente più lunga, se vi fossero coeredi minori o interdetti, dovendo le divisioni in cui trovansi interessati farsi con formalità escludenti la supposizione di una divisione della quale non vi fosse stato atto (confr. Duranton, t. VII, n. 96; Poujol, art. 846, n. 7.)

Ben si scorge quanto coteste soluzioni sieno incerte ed arbitrarie; ma, a ceder nostro, esse offendono inoltre i veri principj:

Da un lato abbiain detto trattarsi qui di una prescrizione estintiva più che acquisitiva; e quindi può essere soltanto di trenta anni (art. 2262);

D'altro lato, considerandosi come acquisitiva, può essere soltanto cziandin di trenta anni; e l'art. 2279 torna qui affatto inapplicabile per duplice ragione:

1° Innanzi tutto per la stessa ragione per cui osservammo l'art. 2265 essere inapplicabile; avvegnachè questi due articoli sono correlativi; e ne' due casi contemplati da ciascuno di tali articoli la prescrizione suppone un giusto titolo: l' unica differenza si è che, ove trattisi di un immobile, il possessore è tenuto esibirlo; mentre, ove trattisi di mobili, la esistenza del titolo medesimo si presume a suo pro: è dunque manifesto l' art. 2279 essere inapplicabile, quando il titolo noto del possessore osti alla prescrizione da lui invocata: or tal è precisamente nel nostro subbietto il titolo del coerede!

2° Perchè l' art. 2279 applicasi a' soli mobili corporali individualmente riguardati, e menomamente alle universalità di mobili (ved. il nostro *Trattato dell' assenza*, n. 252; Za-

chariae, Aubry e Rau, t. V, p. 246 e 249; Vazeille, art. 847, n. 3; Marcadé, art. 816, n. 41; Ducaurroy, Bonnier e Rouslaing, t. II, n. 633; Demante, t. III, num. 440 bis. VII: Troplong, *delle Prescriz.*, t. II, n. 4066; Dutruc, n. 238).

532.—Ciò che puossi dire soltanto, quando trattasi di separato godimento riguardo ai mobili ereditarii (ed ancor noi avvisiamo così), si è che la esistenza di una verbale convenzione, immediatamente eseguita mercè la tradizione reale, potrà, se venga invocata, molto più di leggieri presumersi; e che, nel caso in cui il magistrato potesse attenersi alla prova testimoniale ed alle presunzioni, potrebbe ammettere di fatti più agevolmente avere avuto luogo la divisione, quando si tratterà di mobili, se il separato godimento sia perduto un tempo determinato, anche quando non fosse trascorso un trentennio. Ma ben si ravvisa esser questo un diverso ordine d'idee, e se il magistrato mantiene in tal caso ciascuno de' coeredi nella quota di mobili di cui avrà avuto il separato godimento, ciò non avverrà in forza della prescrizione; ma in forza della convenzione di divisione di cui avrà riconosciuto in fatto la esistenza, e di cui saranno quindi necessario altresì in fatto prove diverse da quelle emergenti soltanto dal separato godimento.

533.—In tutto ciò intendiamo parlare per altro dei soli rispettivi rapporti de' coeredi fra loro.

In vero è manifesto che se uno de' coeredi avesse alienato un oggetto della eredità, il terzo compratore potrebbe, se vi fosse luogo, a norma del diritto comune, invocare, sia lo art. 2265 — 2471, se si trattasse di un immobile, sia l'art. 2279 — 2485, se si trattasse di un mobile (confr. arresto C. cass. 23 nov. 1834, de Marconnay, D., 1834, I, 373; Chabot, art. 816, n. 2; Duranton, tom. VII, n. 94; Dutruc, n. 232 e 238.)

534.—Ed è mestieri osservare altresì gli art. 2265 e 2279 — 2471 e 2485 potersi invocare soltanto da' terzi acquirenti di mobili o immobili determinati.

Avverrebbe diversamente di quello al quale uno dei coeredi avesse venduto o ceduto i suoi diritti ereditarii: di fatti cotesto cessionario troverebbe surrogato, riguardo a' coeredi del suo cedente, a costui; e mentre avrebbe, rispetto ad essi, i medesimi diritti in generale, e segnatamente il diritto di dimandare la divisione, sarebbe pure, riguardo ad

essi, tenuto alle stesse obbligazioni e massime alla obbligazione di rispondere sempre alla dimanda di divisione contro di lui formata, a norma del diritto comune cui va sottoposta tale opzione (confr. *infra*, n. 624; Chabot, loc. *supra*; Duranton, t. VII, n. 95; Vazeille, art. 817, n. 4; Dutruc, n. 232).

535.—Altronde trattasi qui di una vera prescrizione cui è mestieri applicare le cause ordinarie d'interrompimento e soppressione (art. 2242 e seg. — 2448).

Quindi a cagion di esempio, essa non decorre avverso i coeredi minori o interdetti (art. 2252 — 2458; conf. Pothier, *della Success.*, cap. IV, art. 4, § 4; Duranton, t. VII, num. 90).

536.—Da ciò può anche emergere tal prescrizione trovarsi decorsa contro gli uni e gli altri; come se fra' coeredi gli uni fossero di età maggiore e gli altri minori o interdetti.

537.—Ma allora se quello de' coeredi avverso il quale non è decorsa la prescrizione dimandasse la divisione, avvisiamo esser tenuto a conferire nella massa i beni di cui avesse avuto il separato godimento; dappoiché tal prescrizione poggia precipuamente su la presunzione di una anterior divisione: or il coerede, dimandando la divisione, confesserebbe così esso medesimo la divisione non aver avuto luogo e conseguentemente il suo possesso non aver cessato di esser precario (confr. Chabot, art. 813, num. 3; Marcadé, articolo 816, num. 3, Dutruc, num. 224; ved. nondimeno Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 247.)

538.—Supponendo aver potuto la prescrizione decorrere contro quello de' coeredi il quale abbia separatamente goduto parte dei beni ereditarii, puossi quistionare se esso medesimo potesse nondimeno sempre, offrendo conferire nella massa i beni da lui posseduti, dimandare la divisione avverso i suoi coeredi, i quali avessero indivisamente posseduto gli altri beni della eredità?

Si è insegnata l'affermativa, pel motivo, si è detto, « poter egli liberamente rinunziare agli effetti della prescrizione da lui conseguita. » (Marcadé, art. 816, n. 3).

Non pertanto non è questo il nostro divisamento; e per contrario avvisiamo la divisione non potersi più dimandare da lui avverso i suoi coeredi:

1° Il testo dell'articolo 816 è concepito in termini generici: esso pone allo stesso livello il caso in cui siavi stato un atto di divisione

e quello in cui siavi stato separato godimento di una parte de' beni dal canto di uno dei coeredi; e dichiara in modo assoluto non potersi più dimandare la divisione.

2° In vero mentre uno de' coeredi godeva allora di una parte de' beni separatamente rispetto agli altri suoi coeredi, questi godevano dal canto loro degli altri beni separatamente rispetto a lui, comunque indivisamente fra essi; e trovansi quindi egli medesimi, rispetto a lui, soggetti al disposto con l'art. 816.

3° Da ultimo la presunzione, su cui poggia qui la prescrizione, val dire la presunzione di una divisione o di un determinamento fra coeredi, può parimente servirle di base; avvegnachè il prolungamento di tale stato di cose permette supporre essere il risultamento di una convenzione perfeffito di cui è stata attribuita la quota ad uno de' coeredi dagli altri suoi coeredi rimasti tra essi nella indivisione (confr. Delvincourt, t. II, p. 43; Duranton, t. VII, n. 90; Taulier, t. III, p. 277; Demante, t. III, n. 440 bis, IV).

539. — B. L'art. 816, come avvertimmo (*supra*, n. 526), ha direttamente contemplato il caso in cui uno de' coeredi abbia separatamente goduto parte de' beni ereditarii.

Nondimeno è forse uopo applicarlo altresì al caso in cui ciascuno de' coeredi avesse separatamente goduto parti distinte, e eguali o ineguali de' beni ereditarii?

Si ad evidenza; ed eziandio a fortiori!

Invero da un lato ciascuno di essi trovasi dal canto suo, riguardo agli altri coeredi, nei termini medesimi dell'articolo in esame, dappoichè ciascuno di essi ha separatamente goduto di una parte de' beni;

D'altro lato la supposizione di una divisione, formante qui la base della prescrizione, torna in simil caso ancora molto più verosimile!

Dunque è manifesto la formola dell'articolo 816 nulla offrire di ristrettivo, e se trovasi scritta in cotesto modo incompiuto, ciò deriva indubitabilmente dallo avere i compilatori di quello articolo tolto ad esempio una delle ipotesi addotte da Pothier, il quale altronde neppure titubava ad applicare tal modo di decidere al caso in cui ciascuno de' coeredi avesse separatamente goduto di parte dei beni (*delle Success.*, cap. IV, art. 1, § 1).

540. — Anzi si è preteso in questa ultima ipotesi, val dire quando ciascuno de' coeredi abbia separatamente goduto parte de' beni, la prescrizione dover essere non di trenta an-

ni, soltanto di dieci! (Confr. Muleville su lo art. 816).

Ma cotesta opinione ad evidenza non è da accogliere oggidì.

È ben vero un tempo essere invalsa la dottrina la divisione non potersi più dimandare dopo trascorso un decennio di separato godimento, dalla qual circostanza osservammo desumersi una *divisione di fatto* (*supra*, numero 516).

Ma già sotto l'impero del nostro antico diritto cotesta dottrina veniva altamente oppugnata: parecchi richiedevano, oltre il decennio di separato godimento, taluni amminiccoli, come un progetto di divisione per iscritto: nella maggior parte pretendevano la presunzione di divisione aver luogo in questo caso sol quando, come affermava Guy-Coquille, vi fosse tra le quote, di cui ciascuno avesse separatamente goduto, qualche *proporzione approssimante di eguaglianza*: da ultimo taluni (ed erano i migliori!), compiutamente eliminando la prescrizione di divisione dopo un decennio soltanto di separato godimento, ammettevano la sola prescrizione trentennale (confr. Guy-Coquille, Nivernese, cap. XXV, art. 1; Roussilhe, *Inst. del dritto di legit.*, tomo II, num. 550; Potbier, *delle Success.*, cap. IV, art. 4, § 4; Lebrun, lib. IV, cap. I, n. 84, 85).

Ed ineccontrastabilmente oggidì tal prescrizione debbe essere di trenta anni; dappoichè lo art. 816 applicasi indistintamente a tutti i casi.

541. — Ma altresì, dopo trent'anni di separato godimento di ciascuno de' coeredi, la divisione non può dimandarsi, qualunque esser possa la ineguaglianza delle quote da ciascun di essi possedute.

Imperocchè il testo dell'art. 816 non subordina il corso della prescrizione alla condizione della eguaglianza nelle quote, di cui abbia avuto luogo il separato godimento.

Ed il motivo del testo non la richiede vie maggiormente: cotesto motivo si è, come dicemmo, la presunzione tale stato di distinti possessi e separati godimenti essere sì lungo tempo perdurato da essere il risultamento di una divisione, ovvero, più generalmente, di un'antecedente convenzione fra coeredi: or puossi benissimo supporre la ineguaglianza delle quote essersi compensata sia con pagamento a saldo, sia col prendere tanto di meno.

542. — È uopo però che i coeredi non abbiano goduto di una parte dei beni ereditarii,

in forza di provvisoria divisione! dappoiché in questo caso ciascuno di essi non avrebbe goduto *separatamente*, nel senso dell'articolo 816, val dire a titolo primitivo ed esclusivo, *pro suo*; e per contrario la provvisoria divisione formerebbe per contrario perpetuo ostacolo alla prescrizione, almeno qualora il titolo e la causa del possesso non fossero stati mutati, in conformità dell'art. 2234 — 2144 (confr. Duranton, t. VII, n. 475; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 250; Massé e Vergé, t. II, p. 73).

543. — C. Supponiamo ora che un solo coerede abbia posseduto *separatamente*, val dire *pro suo* ed a titolo privativo tutti i beni ereditarii.

L'art. 816 sarà forse applicabile? Ovvero, in altri termini, l'azione di divisione troverassi prescritta contro di lui dopo un trentennio?

Ciò potrebbe sembrare, a primo aspetto, più procacioso:

1° Perchè tale ipotesi è affatto estranea al disposto con l'articolo 816, il quale suppone uno dei coeredi aver goduto *separatamente parte* dei beni ereditarii, e se puossi applicare tal disposizione al caso in cui ciascun dei coeredi abbia goduto *parte* dei beni, sembra non potersi, senza trasgredire il testo medesimo della legge, estendere al caso in cui uno dei coeredi abbia goduto *tutti* i beni;

2° Perchè puossi affermare per massima il possesso provveggenute dalla indivisione essere inefficace a produrre la prescrizione, qualora la causa medesima non trovi mutata; e conseguentemente la disposizione dell'articolo 816, il quale dichiara nondimeno, in determinato caso, il possesso medesimo suscettivo di generare la prescrizione, costituire una derogazione al principio generale, la quale non potrebbe estendersi;

3° Finalmente perchè la supposizione di un' anterior divisione, costituente la base di questa prescrizione, supposizione sommamente verosimile, quando i separati godimenti applicansi a porzioni di beni della eredità, addiviene per contrario oltremodo inverosimile, quando uno dei coeredi abbia posseduto *tutti* i beni, mentre gli altri coeredi per contrario nulla abbiano posseduto!

Non pertanto è mestieri, ad onta di ciò che gli argomenti medesimi sembrano racchiudere di specioso, ammettere la opposta soluzione:

E primamente siffatta soluzione tornerà ineluttabile, qualora suppongasi quello dei

coeredi, il quale abbia solo posseduto *pro suo*, i beni ereditarii, non aver mai riconosciuto la qualità ed il titolo dei suoi coeredi, ed avere per contrario preteso esser solo chiamato alla eredità: in vern costoro in tal caso possono semplicemente istituire azioni di petizione di eredità, la quale di necessità prescrivasi col trentennio (arg. dagli articoli 137 e 2262 — 443 e 2169; *supra*, numero 524).

Ma è uopo pur mantenere cotesta soluzione nel caso in cui il coerede, il quale abbia posseduto, avesse riconosciuto il titolo de' suoi coeredi; ed avvisiamo la stessa azione di divisione trovarsi allora prescritta dopo il trascorrimiento del trentennio:

1° Circa il testo dell'art. 816, abbinno già osservato (*supra*, n. 539) trovarsi compiuto in modo incompiuto: la spiegazione da noi data dimostra non essersi concepito con intendimento di restrizione, e quindi esser mestieri applicarlo a tutte le ipotesi opportune, sia pei suoi termini, sia pel suo essenziale motivo.

2° Or la ipotesi in cui uno dei coeredi abbia solo goduto di tutti i beni della eredità rinviensi regolata dal disposto medesimo dell'art. 816, quando questo coerede ne abbia goduto *separatamente*, val dire a titolo privativo ed esclusivo, amministrando come solo ed unico proprietario dei beni ereditarii. Il mostrarsi, in similgiante caso, più esigente intorno ai caratteri del possesso; il non i-cingere, per esempin, un godimento sufficientemente *separato* in quello avuto da uno de' figli, il quale, dopo la morte del padre, fosse rimasto solo nella casa paterna, sia per continuare il commercio di costui, sia per ogni altro motivo, anche quando non avesse pagato mai mercedi ai fratelli e sorelle, se nondimeno altri fatti dimostrino la precarietà del suo possesso, come, per esempin, se le imposte abbian continuato ad esser pagate sotto il nome del defunto o il nome dei coeredi collettivamente, tutto ciò ben si comprende! ma se per contrario si ravvisassero nel possesso suo e nel suo godimento tutti i caratteri di un possesso privativo e di un godimento *separato*, allora converrà ammettere essere consentaneo all'art. 816.

3° E sarà pure consentaneo all' intendimento ed al motivo onde è animato. Qualsuno il motivo e lo intendimento medesimo? uno stato di cose il quale perduri un trentennio debbesi considerare come il verosimile

risultamento della comune volontà delle parti: or, quando uno dei coeredi abbia posseduto solo, *pro suo*, per un trentennio, tutti i beni ereditarij, ad esclusione de' suoi coeredi, i quali non abbiano mai reclamato, non è forse verosimile di fatti tale stato di cose, da essi accettato per sì lungo tempo, essere il risultamento di una convenzione fra essi, e per effetto di cui tutti i beni saranno stati abbandonati ad uno di essi, sia in compensamento delle collazioni cui gli altri erano tenuti verso di lui, sia mediante pagamenti a saldo, onde si troveranno soddisfatti? (Confr. arresti C. cass. 5 gen. 1814, Pollin, Sirey, 1814, I, 192; 9 mag. 1827, Barde, Sirey, 1827, I, 474; 23 nov. 1831, Marconney, Dev., 1832, I, 67; 4 giugno 1833, Orsini, Dev., 1834, I, 408; Pothier e Lebrun, *loc. supra*; Duranton, t. VII, n. 92; Taulier, t. III, p. 277; Dencourroy, Bonnier e Rostuning, t. II, n. 652; Demante, t. III, n. 440 bis, V; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, pag. 246; Massé e Vergé, t. II, pag. 361; D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 1553; Dutruc, n. 230).

544. — D. Da ultimo potrei supporre più coeredi aver goduto indivisamente di tutti i beni ereditarij, ad esclusione di uno o più dei loro coeredi, i quali non abbiano affatto goduto, come insegnava Lebrun, *né per indiviso né diversamente* (lib. IV, cap. I, numero 86).

Ed al punto in cui siamo giunti della esposizione di questo subbietto, non vassi incontro a veruna difficoltà a statuire, come faceva un tempo Lebrun, prescriversi la dimanda di divisione, eziandio in questo caso, col trentennio, senza dubbio non fra coloro i quali abbiano goduto indivisamente, ma contro chi non abbia goduto affatto; dappoi che se i suoi coeredi han goduto tra essi indivisamente, han goduto, rispetto a lui, *separatamente* (confr. Duranton, t. VII, n. 94; Demante, t. III, n. 440 bis, IV).

545. — Avverrebbe così, eziandio nel caso in cui gli altri coeredi, avendo fatto tra essi la divisione della eredità, avessero riservato la quota del loro coerede assente? Costui non potrebbe forse, dopo trascorso il trentennio, dimandare la divisione?

Allora sarebbe sommamente lecito titubare; dappoi che tal riserva sembra escludere cotesta supposizione di divisione mercè di cui spiccano la prescrizione, permessa dall'articolo 816; ed inoltre potrebbero obiettare gli altri coeredi avere essi medesimi così ri-

conosciuto e conservato il diritto del proprio coerede.

Ma nulladimeno, qualunque sia il motivo su cui poggia tal prescrizione, e comunque sia fondata, a creder nostro, effettivamente su la prescrizione di un'antier divisione, il vero si è in ultima analisi stabilirsi una prescrizione col testo in esame: or se gli altri coeredi han goduto, in qualsivoglia modo, di tutta la eredità, *pro suo*, ad esclusione del coerede assente, non è forse ben fondato il sostenere l'azione di divisione di costui trovarsi quindi prescritta? Così divideva Lebrun, pel motivo che, se gli altri coeredi han riservato la quota sua, han fatto ciò per sè medesimi e con la mira di trar vantaggio dalla quota stessa, in caso di morte o prescrizione (*loc. supra*, n. 88; confr. Rousseau de La Combe, v. *Divisione*, sez. 4, n. 2; Dutruc, n. 231).

546. — Era un tempo controversa questione quella se gli atti interruttivi dall'assente, secondo il vocabolo allora usitato, esercitati avverso uno de' suoi coeredi avessero per effetto d'interrompere parimente la prescrizione contro gli altri coeredi.

La negativa veniva in generale adottata *indubitatamente*, come affermava Lebrun, pel caso in cui vi fosse stata divisione tra' presenti, ed in cui quindi ciascuno di essi avesse separatamente goduto (lib. IV, cap. I, n. 88).

Parcechi insegnavano eziandio così nel medesimo caso in cui gli altri coeredi avessero posseduto indivisamente la eredità (confr. Dunod, *delle Prescriz.*, pag. 60; Pothier, *delle Prescriz.*, n. 55.)

Ma altri per contrario in questo ultimo caso insegnavano che la prescrizione interrotta contro uno de' coeredi trovavasi per questa medesima circostanza di necessità interrotta contro gli altri; dappoi che dimandar la divisione ad uno, diceva Espiard, è dimandarla agli altri imperfettamente (sopra Lebrun, *loc. supra*); e talune consuetudini esprimevansi positivamente in tal senso (Cons. di Angiò; art. 435; di Berri, *delle Prescriz.*, art. 43; di Nivernese, *delle Prescriz.*, art. 5.)

La medesima dottrina si è ancora propugnata ed ammessa con più giudicati sotto l'impero del nostro Codice (confr. decis. C. di Bourges 28 giugno 1825, D'Arthel, D., 1826, II, 49; di Rion 22 lug. 1830, Gauthier, Dev., 1834, II, 26; di Montpellier 16 nov. 1842, Ronquelle, Dev., 1843, II, 416).

Ma nulladimeno il principio generale, in materia di prescrizione, del qual principio gli

art. 2249 e 2250—2455 e 2456 sono la sanzione, si è lo interrompimento non operare *de persona ad personam*, ed esser mestieri di tanti atti d'interruzione distinti e separati quante sono le parti aventi separati e distinti diritti: or precisamente ciascuno dei coeredi, eziandio durante la indivisione, ha diritti separati e distinti da' diritti de' suoi coeredi (confr. arresto C. cass. 45 apr. 4828, Sarret, D., 4828, I, 214; decis. C. di Aix 3 dic. 4834, Autric, D., 1832, II, 92; arresto C. cass. 31 genn. 4834, Gauthier, D., 4834, I, 85; decis. C. di Limoges, 8 genn. 4839, Monteillet, Dev., 4839, II, 263; di Brüsselles 2 marzo 1850, Jambers, D., 1822, II, 252; Merlin, *Rep.*, v. *Interrompimento di prescrizione*, n. 45; Troplong, *delle Prescriz.*, t. II, n. 619; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 240; Massé e Vergé, t. II, p. 364; Dutruc, n. 240).

547. — Leone per lo stesso motivo, per essere i diritti di ciascuno dei coeredi separati e distinti, lo emolumento della prescrizione giova soltanto a quello fra essi, il quale possa effettivamente invocarla (confr. decis. C. di Limoges 8 gen. 4839, Monteillet, Dev., 4839, II, 263).

Ma non è questo il luogo di esaminare più particolareggiatamente siffatte specie di quistioni: dunque ci limitiamo ad indicarle per disaminarle dappoi nel titolo della prescrizione, cui appartengono.

§ II.

Della capacità richiesta per procedere alla divisione.

SOMMARIO.

548. — Quale è mai il carattere della divisione? — Del carattere della indivisione.
 549. — Continuazione.
 550. — Continuazione. — Considerazioni per cui il legislatore ha determinato le condizioni di giuridica capacità in materia di divisione.
 551. — Esposizione delle varie cause d'incapacità dal legislatore contemplata in materia di divisione.
 552. — Rimando circa in quistione quali persone possano procedere alla divisione amichevole e quali possano procedere alla sola divisione giudiziale.
 553. — L'azione di divisione può esercitarsi da' tutori in nome dei coeredi minori o interdetti. — Stato dell'antico diritto su tal punto.
 554. — *Quid*, se più minori avessero interessi opposti nella divisione?
 555. — I tutori abbisognano forse in tutti i casi dell'autorizzazione del consiglio di famiglia?
 556. — *Quid* circa il padre amministratore legale dei beni dei figli minori durante il matrimonio?

557. — *Quid* circa i minori emancipati?
 558. — E' uopo forse distinguere le eredità mobiliari dalle immobiliari?
 559. — Continuazione.
 560. — E' uopo forse distinguere la divisione propriamente detta dalla vendita allo incanto?
 561. — Continuazione.
 562. — *Quid* circa l'individuo sottoposto a consulenza giudiziale?
 563. — *Quid* circa lo individuo rinchiuso in un pubblico e privato stabilimento di mentecatti?
 564. — *Quid* circa il non presente o l'assente?
 565. — Continuazione.
 566. — Continuazione.
 567. — Continuazione.
 568. — *Quid* circa le donne maritate?
 569. — Continuazione.
 570. — Continuazione. — In forza di qual principio il marito può avere, in alcuni casi, diritto di disamministrare la divisione delle eredità spettate alla moglie?
 571. — Continuazione.
 572. — Continuazione.
 573. — Continuazione.
 574. — Continuazione.
 575. — Continuazione.
 576. — Continuazione.
 577. — Continuazione. — E' uopo forse distinguere qui le eredità mobiliari proprie della moglie dalle eredità immobiliari?
 578. — Continuazione.
 579. — Continuazione.
 580. — Continuazione.
 581. — Continuazione.
 582. — Continuazione. — *Quid* circa il caso in cui i coniugi abbiano contratto matrimonio sotto la regola dotale?
 583. — Continuazione.
 584. — Continuazione.
 585. — La stessa moglie può esercitare l'azione di divisione senza intervento del marito, purché venga autorizzata.
 586. — La moglie, quando sia separata di beni, non può forse, essendo senza autorizzazione, procedere alla divisione delle eredità mobiliari a lei spettate?
 587. — Della divisione protervicia. — Da chi può costituirsi?
 588. — Quali sono i suoi effetti?

548. — Per determinare scientificamente quale capacità il legislatore dovesse richiedere in materia di divisione, è necessario determinare dapprima il carattere di tale operazione.

Or è questo un assunto il quale fu sempre procordico, tanto più che, per ben disaminare il carattere della divisione, fa di mestieri preventivamente disaminare il carattere della indivisione, di cui torna assai malagevole il dare una molto precisa definizione.

Essendo la proprietà un esclusivo diritto, come mai spiegare più persone avere simultaneamente il diritto medesimo su la stessa cosa?

« Tutti gli eredi, diceva l'avvocato generale Talon, han porzione nello intero ed in tutte le parti dello intero; e non potendo ciò praticarsi senza violentare la realtà e la indivisibilità delle sostanze, la legge il praticò mercè di una civile finzione, affinché ciascun coerede conservi il diritto a lui competente. »

In vero tale è la indivisione, val dire che essa esiste nello intero ed in ciascuna delle parti dello intero.

Tra Primo e Secondo eredi vi è una eredità indivisa. Ebbene! la comunanza, la promiscuità dei loro diritti rinviensi in ciascuno degli oggetti che la compongono, ed in ciascuna delle parti degli oggetti medesimi, eziandio suddivise allo infinito! non se ne potrebbe prendere una sola frazione, anche minima, senza scorgervi confusi ed incarnati l'uno nell'altro cotesti due rivaleggianti diritti, i quali mantengono così per lo stesso effetto di lor natura reciprocamente ed egualmente esclusiva!

Laonde si è potuto affermare della indivisione, con non minor fondamento della ipoteca, trovarsi *tota in toto, et tota in qualibet parte*.

549. — Ed ora, mercè quale spediente, per qual mezzo i coeredi potranno far cessare tale situazione?

La ragione, la necessità stessa lo additano: ciascuno dei coeredi lascerà il suo indiviso condominio in alcuni beni, per ottenerlo lo esclusivo dominio degli altri beni, su cui i suoi coeredi abbandoneranno del pari reciprocamente il loro indiviso condominio.

Val dire ciascuno di essi acquisterà un diritto esclusivo in alcuni beni in vece del suo diritto indiviso negli altri beni.

Dunque la divisione è un'alienazione!

In vero i romani giureconsulti così la riguardarono; e, in conformità del loro principio, i condividenti erano scambievolmente gli aventi causa gli uni degli altri, come compermutanti o venditori e compratori. In somma la divisione era, appo loro, traslativa di dominio: *pars tua mihi adjudicatur, et mea tibi*, dichiarava con sommo fondamento la glossa (su la leg. 4, Cod. comm. urr.; confr. L. 6, § 8, comm. divid.; L. 7, § 4, ff. quid. mod. pign.)

Ma un opposto principio prevalse nel nostro antico diritto; ed in Francia è una delle nostre nazionali regole la divisione esser dichiarativa.

Non è questo il luogo d'imprendere la espo-

sizione di siffatta rilevante tesi, da dissimularsi dove il Codice richiede, val dire nel ragionare dell'art. 883 — 803.

Nulladimeno, siccome dobbiamo in questo momento determinare le condizioni di giuridica capacità necessarie per procedere alla divisione, così torna importante investigare, sotto questo punto di veduta, il genuino carattere di tale operazione, e se sia effettivamente attributiva o dichiarativa.

In generale viene insegnato la divisione di sua natura essere traslativa, attributiva; i Romani, considerandola tale, eransi attenuti al vero; ed unicamente per finzione il nostro antico diritto francese avevano formato un atto dichiarativo, finzione altronde dal testo medesimo dell'art. 883 positivamente accolta: « Ogni erede è reputato... »

Cotesta tesi ci sembra ben fondata, nel senso non potersi oppugnare la divisione partecipare, sotto alcuni rapporti, dell'alienazione; e lo stesso procedimento che la costituisce ci presenta il simulacro di una scambiabile permuta; quindi, eziandio nel nostro antico diritto francese, la massima la divisione essere dichiarativa non impediva a' giureconsulti professare la domanda di divisione *tendere ad una specie di alienazione o almeno a qualche cosa simigliante* (Pothier, delle Success., cap. IV, art. 4, § 2; Roussille, Inst. del diritto di legitt., t. II, n. 546.)

Debbe avvenire lo stesso eziandio oggidì: la garanzia ed il privilegio emergenti dalla divisione (art. 884, 2103 — 804, 1972) dimostrano di fatti, ad onta dell'art. 883, la divisione conservare sempre un carattere attributivo, per effetto di cui, sotto taluni rapporti, i condividenti van riguardati quali aventi causa gli uni degli altri.

Ma avviammo nel tempo stesso la divisione, secondo la sua natura, essere eziandio sotto alcuni rapporti, dichiarativa, e tutto non essere finzione in cotesta antica massima ritenuta dall'art. 883. In vero ciascuno de' coeredi, nello stato d'indivisione, ha su' beni della eredità soltanto diritti indeterminati e confusi: cotesti diritti vanno essenzialmente sottoposti alla condizione di una operazione, il cui risultamento sarà il determinarli, il circoscriverli: or tale operazione è la divisione, la quale, sotto questo punto di veduta, apparisce come operazione di regolamento, avute per iscopo la formazione delle quote, al pari, per così dire, dello stabilimento de' termini di confine! Se ciascuno de' coeredi ha, come

avvertimmo (supra, n. 548), durante la divisione un diritto in tutti i beni ed in ciascuna parte de' beni, è uopo aggiungere colesso diritto essere condizionale, e dipendere dallo avveramento della divisione, da cui tale indivisa proprietà, o quindi ancora imperfetta ed incompiuta, debbe ricevere il compimento e la precisione onde trovasi sfornita.

Dunque è ben fondato lo ammettere, considerando la intrinseca natura della stessa operazione, e tralasciando qui per ora le storiche origini di questo subbietto, essere misto il carattere della divisione, ed essere simultaneamente, sotto alcuni rapporti, traslativa e dichiarativa.

Precisamente colesso misto ed equivoco carattere rendelle in ogni tempo sommamente malagevole la esatta definizione della divisione.

Minimo lo aveva ben compreso!

« *Est enim divisio, egli diceva, contractus mixtus, participans de distractu et contractu, de permutatione et renditione; et tamen distinctam et propriam habet naturam.* » (§ 33, gl. 1, n. 74).

In vero è una delle quistioni sorte all'uopo quella se la divisione fosse eziandio un contratto, o piuttosto semplicemente un *distratto*: tal quistione era sta sommamente agitata fra' giureconsulti italiani; ed appo noi altresì parecchi autori eransene preoccupati: *Divisione non è contratto*! scriveva Guy-Coquille (su la cons. di Nivernese, t. de' Feudi, art. 25).

550. — Dal fin qui esposto la miglior conclusione da desumere, a parer nostro, si è la divisione essere una operazione *sui generis*, una special convenzione, per cui conseguentemente eravi luogo a determinare altresì talune condizioni speciali di capacità.

Ed in vero è questo il punto di veduta nel quale sembra essersi collocato il nostro legislatore.

Tre principali considerazioni venivano qui in campo:

1° Avendo un carattere attributivo di proprietà, la divisione non potrebbesi considerare come atto di amministrazione;

2° Considerandola eziandio semplicemente nel suo carattere dichiarativo, è pure un atto infinitamente grave; dappoichè il determinazione, la dichiarazione delle quote, può, qualora non venga fatta con esattezza, trar seco lesiva alienazione: quindi indubbiamente piniore non è alienarel avvegnachè eziandio le sentenze sono semplicemente *dichiarative*; e non pertanto condizioni di capacità

richieggonsi per piniore, potendo un giudizio mal sostenuto degenerare in vera alienazione;

3° Da ultimo, sotto altro rapporto, la quistione di opportunità della divisione può spesso tornare sommamente rilevante; e conviene richiedere garanzie di capacità più gravi per formare la domanda (la qual cosa è un atto volontario) che per rispondere ad una domanda formati da un altro (la qual cosa è un atto necessario).

Per tali diverse considerazioni il Codice ha determinato le condizioni di capacità giuridica nella subbietta materia.

Esso non richiede, per dividere, la stessa capacità che per alienare; dappoichè la divisione non è un'alienazione come ogni altra: in vero è dessa pinioremente un atto necessario; ed in secondo luogo, se è, sotto alcuni rapporti, attributiva, è parimente dichiarativa.

Ma il legislatore richiedo nondimeno taluno condizioni di capacità, dappoichè se la divisione è dichiarativa, è pure incontrastabilmente, sotto taluni rapporti, traslativo di dominio (confr. Demante, t. III, num. 141, 143; Ontruo, n. 44, 48):

Per modo che in ultima analisi la divisione è, come avvertimmo, un atto *sui generis*, in certa guisa misto, medio fra gli atti di alienazione e quelli di amministrazione.

551. — Con gli art. 847 ed 848 — 730 e 737 il Codice ha determinato la capacità relativa alla divisione (agg. art. 840 — 759); ma, è mestieri confessario, tali disposizioni sono insufficienti: esse neppure sarebbero esatte, se si volessero intendere troppo letteralmente, e se non si trovassero compiute o rettifiche con altre più precise disposizioni.

Il legislatore imprende a trattare:

1° De' minori sotto tutela e degl'interdetti;

2° Incidentalmente de' minori emancipati;

3° Degli assenti;

4° Delle donne maritate.

Ed il suo intendimento, segnatamente nell'art. 847, sembra specialmente rivolto al caso in cui trattisi di esercitare un'azione di divisione in nome degl'incapaci, val dire di mandare in loro nome la divisione.

Ma è manifesto colesca quistione di capacità comprendere altresì il caso in cui trattisi della difesa, in nome dell'incapace, dall'azione di divisione contro di lui istituita.

Dunque ci faremo a disaminarla sotto questo duplice punto di veduta, aggiungendo alle cause d'incapacità, contemplate da' testi in esame, talune altre cause da essi tralasciate.

552. — Circa la quistione quali persone possano procedere alla divisione amichevole e quali per contrario possano procedere alla sola divisione giudiziale, riguarda più particolarmente la forma della divisione: e ben vero annodarsi anehe per tal circostanza alla capacità richiesta per procedervi; dappoichè in queste specie di materia le condizioni relative alle forme dell'atto sono assai prossime alle condizioni riguardanti la capacità delle persone. Ma non pertanto tali due ordini di principj non si confondono assolutamente; e ci sembra opportuno trattare dapprima, come altronde il Codice stesso ha praticato, della capacità personale richiesta per procedere alla divisione, e poscia esporre, nella sezione relativa alla forma della divisione, quali sono coloro che possono dividere all'amichevole e coloro che possono dividere soltanto giudizialmente (*infra*, n. 605 e seg.)

553. — L'art. 817, 4° comma — 736 dichiara:

« L'azione per la divisione, riguardo a coeredi minori o interdetti, può essere promossa da' loro tutori, a ciò specialmente autorizzati da un consiglio di famiglia. »

È naturale e logico il venire i coeredi minori o interdetti rappresentati da' loro tutori in questo atto come in tutti gli altri atti civili (art. 450 — 373).

E nondimeno non avveniva così nel nostro antico diritto. In vero un tempo i soli eredi di età maggiore e padroni de' loro diritti potevano dimandare a coeredi una divisione definitiva della eredità, almeno quando vi si trovassero immobili: nol potevano i minori, dice Pothier, nè i tutori per essi (*delle Success.*, cap. IV, art. 4, § 2; Lebrun insegnava parimente il minore non poter dimandare divisione a' maggiori (lib. IV, cap. I, n. 24): e se rammentisi quanto la divisione, anehe allorchè venisse dimandata da coeredi maggiori avverso i minori o gl'interdetti, offerisse allora poca sicurezza, tornerà agevole il ravvisare tutti gl'inconvenienti di cotesto sistema! (Confr. Roussilhe, *Inst. del diritto di legit.*, t. II, n. 346; Denizart. v. *Divisione*, n. 7. 8.)

Poteva conseguitarne che i coeredi minori o interdetti, se i loro coeredi maggiori non dimandassero la divisione, o se vi fossero solo eredi minori, si trovassero così forzati alla inddivisione durante tutto il corso della minore età, la quale terminava allora, come è noto, a venticinque anni anche quando avessero

avuto massimo interesse di farla cessare!

Dunque il nostro Codice ha recato un immegliamento notevolissimo nella subbietta materia, attribuendo a' tutori la facoltà di rappresentare i minori o gl'interdetti nello esercizio dell'azion di divisione.

554. — Se non che ben si comprende esser mestieri che il tutore, per rappresentare efficacemente il minore, venga incaricato, in tale operazione, di difendere unicamente i suoi interessi.

E di qui trae origine la disposizione dell'art. 838 — 757:

« Se vi sono più minori i quali abbiano interessi opposti nella divisione, si deve dar loro un tutore speciale e particolare » (Agg. art. 908 C. pr. — 1044; ed il nostro *Trattato della minore età*, ec., t. I, n. 722; decis. C. di Aix 3 marzo 1807, Dubros, Sirey, 4845; II, 203.)

Ed è manifesto cotesta disposizione tornare parimente applicabile agl'interdetti, laddove più coeredi interdetti si trovassero quindi sottoposti alla stessa tutela (arg. dagli art. 509, 847, 838 — 432, 736, 757; conf. Chabot, art. 838 n. 7; Zachariæ, Aubry e Rau, t. V, p. 242, Dutruc, n. 264).

555. — Laddove vogliasi tener dietro ai termini degli art. 817 ed 840 — 736 e 759, sembra i tutori de' minori e degl'interdetti non poter mai procedere alla divisione, sia in qualità di attori, sia in qualità di convenuti, se non dietro autorizzazione del consiglio di famiglia.

Ma per contrario torna indubitato cotesta autorizzazione esser loro necessaria unicamente per dimandare la divisione, e menoamente per rispondere alla dimanda di divisione formata contro il minore:

1° Di fatti l'art. 465 — 388 è positivo all'obbietto.

2° Quando la divisione venga dimandata contro il minore o l'interdetto, non potendosi negare l'autorizzazione dal consiglio di famiglia (art. 845 — 731), torna inutile dimandarla; dappoichè allora trattasi di atto necessario.

3° Se l'art. 847 sembra richieder sempre l'autorizzazione, la ragione si è, come osservammo (*supra*, n. 551), avere specialmente mirato al caso in cui l'azion di divisione si eserciti da' tutori; e sotto la influenza delle stesse mire l'art. 840 sembra richieder del pari, in termini assoluti, l'autorizzazione del consiglio di famiglia; avvegnachè questo arti-

colo, ad onta dell'apparente generalità de' suoi termini, ad evidenza si riferisce all' art. 847 (confr. il nostro *Trattato della minore età*, t. I, n. 720; Merlin, *Rep.*, v. *Divisione*, § 3, n. 4; Toullier, t. II, n. 408; Duranton, tom. VII, n. 402; Malpel, n. 244; Demante, tom. III, n. 443 bis, I; Ducaurroy, Bonnier e Rousstaign, t. II, n. 676; Dutruc, n. 261).

556. — Le stesse regole sono applicabili al padre, legale amministratore, durante il matrimonio, de' beni de' figli minori, val dire poter egli, senza autorizzazione del consiglio di famiglia, rispondere alla domanda di divisione formata contro di essi, ma co' questa autorizzazione essergli necessaria per formarla esso medesimo in loro nome (art. 389 — 342; confr. il nostro *Trattato della patria potestà*, n. 445, 446; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 244).

557. — Relativamente a' minori emancipati, già appalesammo la opinione l'assistenza del curatore esser loro nel tempo stesso necessaria e sufficiente, sia per formare la domanda di divisione, sia per rispondere alla domanda contro di essi formata (ved. il nostro *Trattato della minore età*, ec., t. IV, n. 304).

Non pertanto si è preteso che, per formare la domanda, dovessero inoltre ottenere l'autorizzazione del consiglio di famiglia (confr. decis. C. di Angers 30 mag. 1856, Bouret-Borde, D., 1857, II, 40; Delvincourt, t. I, p. 426, nota 5; Proudhon, t. II, p. 434).

Ma siffatta dottrina ci pare non doversi accogliere.

In vero lo stesso testo dell'art. 840 è positivo in senso opposto:

« Le divisioni fatte in conformità delle regole sopra stabilite, sia da' tutori, con l'autorizzazione del consiglio di famiglia, sia da' minori emancipati assistiti da' loro curatori, ec. »

Da ciò non risulta forse con massima chiarezza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, richiesta pe' tutori, non esserlo per contrario pe' minori emancipati? e lo stesso art. 847, al certo erroneamente invocato a pro della opposta dottrina, il dimostra altresì, dappoiché si applica a' soli tutori, e quindi suppone ad evidenza minori non emancipati.

Obbiettasi, in conformità dell' art. 484 — 407, il minore emancipato non poter fare atti diversi da quelli di mera amministrazione, senza osservare le formalità imposte al minore non emancipato: or la divisione non è un atto di pura amministrazione!

Agevole è la risposta:

Forse il minore emancipato non può, con la semplice assistenza del curatore, istituire l'azione relativa ad immobili o difendersi dalla medesima?

Sì indubbiamente: l'art. 482 — 403 è positivo.

Dunque l'art. 484 non ha il senso assoluto che gli si vuole attribuire.

Di fatti questo articolo ha in mira gli atti e non le azioni; determina la capacità del minore emancipato relativamente alle convenzioni e non relativamente a' giudizi.

Circa le azioni giudiziali rinvengonsi testi speciali, cioè l'art. 482 per le azioni riguardanti gl' immobili, e l'art. 840 per le azioni di divisione: or i due art. 482 ed 840 sono unisoni nel richiedere per tali azioni la semplice assistenza del curatore; e la legge nostra è, sotto questo rapporto, oltremodo conseguente a sé stessa; dappoiché è manifesto, rispetto a' minori, avere inteso richiedere, per lo sperimento dell'azion di divisione, la osservanza delle regole stesse richieste per lo sperimento delle azioni relative agl' immobili (confr. art. 464, 465, 817, 482, 840 — 387, 388, 736, 405, 759).

Altronde agevole è spiegare tal differenza fra gli atti e le azioni; dappoiché le azioni si sperimentano al cospetto del magistrato con la garanzia della comunicazione al pubblico ministero, sempre richiesta in queste specie di affari, ed eziandio con riserva, se vi sia luogo, del ricorso per ritrattazione (art. 83, 480, 8° comma e 484 C. pr. — 177, 544 e 545).

Da ultimo aggiugniamo spiegarsi altresì, sotto altro rapporto, come l'assistenza del curatore sia sembrata sufficiente per potere il minore emancipato eziandio dimandare la divisione; dappoiché in ultima analisi amministra la propria cosa, a differenza del tutore il quale amministra la cosa altrui; e si è potuto lasciare maggiori facoltà a lui che al tutore, relativamente alla quistione di opportunità della divisione la quale, ad onta della sua importanza, non è nulladimeno la essenzial quistione: l'essenziale si è che il minore emancipato non ponga a repentaglio, con la leggerezza sua e la sua inesperienza, gl'interessi da lui impegnati nel giudizio: ed il legislatore vi ha provveduto, richiedendo venire assistito dal curatore.

Questo ultimo motivo spiega per qual ragione l'assistenza del curatore sia necessaria

al minore emancipato, per rispondere alla domanda del pari che per formarla (confr. decis. C. di Bordò 25 genn. 1826, Pidoux, D., 1826, II, 176; Toullier, t. II, n. 408; Duranton, t. VII, n. 405; Chabot, art. 817, n. 3; Poujol, art. 817, n. 3; Marcadé, art. 817, n. 4, 2; Demante, t. III, n. 143 bis, 1; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 242; Massé e Vergé, t. II, p. 359; Dutrac, n. 266, 267).

558. — Le regole da noi esposte intorno alla capacità di procedere alla divisione, relativamente ai tutori de' minori o degl'interdetti ed ai minori emancipati, sono applicabili in tutti i casi nella stessa guisa, e senza esservi luogo a distinguere le eredità mobiliari dalle immobiliari.

È ben vero cotesta distinzione essersi fatta dal nostro antico diritto (confr. Pothier, *delle Success.*, cap. IV, art. 1, § 2, ed introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 75).

Ma non è stata ammessa dal nostro Codice:

1° I testi in esame sono assoluti; e determinano la capacità de' tutori e de' minori emancipati, senza avere menomamente riguardo alla natura mobiliare o immobiliare dei beni, onde si compone la eredità (confr. articoli 465, 817, 810).

2° La vera il diritto successorio, che trattasi determinare con la divisione, ha sempre, eziandio qualora la eredità, sia mobiliare, particolare importanza: esso rappresenta una universalità di mobili che paragonasi in diritto, sotto questo punto di veduta, agl'immobili; e le operazioni, spesso complicate della liquidazione, spiegano benissimo la necessità di tali garanzie, che la legge ha creduto dovere richiedere.

3° Soggiugniamo che, atteso lo incremento prodigioso e forse eziandio eccessivo oggidì delle mobiliari fortune, conviene far plauso al non rinvenire in questa congiuntura ne' testi del nostro Codice veruna distinzione fra mobili e gl'immobili: abbiamo alquanto spesso a lamentare lo aver fatto tal distinzione, tanto poco in armonia con le economiche condizioni degli odierni tempi, per guisa da non doverla supplire quando non l'abbia fatta! (Ved. il nostro *Trattato della distinzione de' beni*, ec., t. I, n. 73, 74; e t. II, n. 279).

Dunque l'autorizzazione del consiglio di famiglia si richiede sempre pe' tutori, come l'assistenza del curatore pe' minori emancipati; e come tale autorizzazione ed assistenza sono sufficienti per la divisione delle eredità immobiliari, così del pari sono necessarie per

la divisione delle eredità mobiliari: dalle quali cose conseguita il tutore, comunque possa esercitare senza autorizzazione le azioni mobiliari del minore (art. 461 — 387), non potere, senza autorizzazione, sperimentare l'azion di divisione di una eredità mobiliare (confr. il nostro *Trattato della minore età*, ec. t. I, num. 682; e t. II, n. 305; Toullier, t. II, n. 408; Duranton, t. VII, n. 104; Poujol, art. 817, n. 2; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 241; Massé e Vergé, t. II, p. 359; D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 1493; Dutrac, n. 263; ed *infra*, n. 577).

559. — E questo pure il divisamento di Demante, il quale nondimeno soggiunge che: « Se si trattasse soltanto di dividere fra' condomini i mobili su cui i diritti degl'interessati fossero già liquidati, non iscorgeremmo effettivamente più ragione per dipartirsi dalle regole ordinarie intorno all'esercizio delle azioni mobiliari; e forse l'art. 810, non scritto per quel caso, non gli si dovrebbe applicare. » (T. III, n. 143 bis, II).

Cotesta osservazione è sommamente ingegnosa; ed in vero la logica parrebbe persuadere la distinzione che ne emerge (V. pure l'art. 975 C. pr. — 1051). Nondimeno il testo degli art. 465, 817 ed 810 è assoluto; ed avvisiamo, come altronde ammette il nostro lagrimato maestro, il più sicuro partito allora essere l'uniformarsi alla regola fermata in modo generale co' predetti articoli.

560. — Circa l'applicazione delle regole di capacità testè additate neppure è da distinguere la divisione dalla vendita allo incanto; dappoichè la stessa vendita allo incanto è un modo di divisione.

Non pertanto Malleville ha inferito dall'articolo 460 il tutore non poter dimandare la vendita allo incanto in nome del minore o dello interdetto, e potervi unicamente rispondere quando venga dimandata da' loro coeredi (su gli art. 460 o 465).

Ma dall'essersi con l'art. 460 contemplato il solo caso in cui la vendita allo incanto venga ordinata dietro dimanda di un condominu indiviso non conseguita lo stesso tutore non poterla dimandare con autorizzazione del consiglio di famiglia; dappoichè può essere interesse del minore o dello interdetto il venir dimandata; e non saprebbe comprendere la legge, la quale permette a' rappresentanti la tutela il vendere, se vi sia luogo, gl'immobili esclusivamente pertinenti al minore, non permetter loro dimandare la vendita allo in-

canto di un oggetto a lui pertinente per indiviso.

561. — Ma più grave quistione è quella se l'autorizzazione del consiglio di famiglia, di cui il tutore abbisogna per dimandare la vendita allo incanto, debbasi inoltre omologare dal tribunale.

In vero puossi sostenere dal ravvicinamento degli art. 458 e 460—381 e 383 emergere essere la omologazione necessaria in questo caso (ved. eziandio articolo 1558 — 1371; confr. decis. C. di Angers 49 giugno 1854; Jaquelin, D., 1854, II, 163; Dutruc, numero 262).

Nondimeno avvisiamo l'autorizzazione del consiglio di famiglia essere sufficiente:

Le diverse disposizioni del Codice su questa materia sono di fatti alquanto miste e confuse, per guisa da esser necessario coordinarle e conciliarle: or, se è vero che dagli articoli 457, 458 e 460 ravvicinati parrebbe risultare l'autorizzazione accordata dal consiglio di famiglia al tutore di dimandare la vendita allo incanto dover essere omologata, conviene aggiungere cotesta omologazione non richiedersi al certo per dimandare la vendita allo incanto, quando l'oggetto sia riconosciuto indivisibile (confr. *infra*, n. 656; Demante, t. I, n. 217 bis).

562. — Nessun testo determina specialmento, circa lo esercizio dell'azione di divisione, attivamente o passivamente, la capacità dell'individuo sottoposto a consulente giudiziario, sia per causa di debolezza di mente, sia per causa di prodigalità (confr. art. 499 e 513 — 422 e 436).

Nondimeno avvisiamo emergere da cotesti articoli, come da' principii generali fermati dal nostro Codice nella subbietta materia, l'assistenza del suo consulente essergli sempre necessaria all'obbietto.

Ciò torna primamente indubitato, ove trattisi di divisione giudiziale; dappoichè gli articoli 499 e 513 positivamente gli vietano paitare senza l'assistenza del suo consulente.

È ben vero potersi titolare in mancanza di un testo di legge, quando trattisi di divisione amichevole (confr. decis. C. di Rouen 19 apr. 1847, Lemoine, Dev., 1847, II, 363; di Douai 30 giugno 1855, Marescaud, D., 1856, II, 55; Vazeille, art. 817, n. 3; Rolland de Villargues, v. *Divisione delle eredità*, n. 79).

Ma nulladimeno gli art. 499 e 513 vietano eziandio all'individuo sottoposto a consulente giudiziario alienare senza l'assistenza

del consulente medesimo: or la inalterabile regola del nostro Codice si è sottoporre a taluno tutelari condizioni di capacità, per procedere alla divisione, lo persone incapaci di alienare: dunque sarebbe manifesta contraddizione il dipartirsi qui da cotesta regola e statuire che, mentre il minore emancipato può procedere alla divisione soltanto con assistenza del curatore e giudizialmente, l'individuo sottoposto a consulente giudiziario potrà procedere eziandio all'amichevole, senza assistenza del consulente. Ciò ci pare inaccettabile sotto ogni rapporto (confr. Duranton, t. VII, n. 107; Demante, t. III, n. 144; Dutruc, n. 24 e 272; D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 1602).

563. — Relativamente agli individui reclusi in un pubblico o privato stabilimento di mentecatti, l'art. 36 della legge del 30 giugno 1838 determina le regole da osservare, quando trattisi di divisione che li riguarda; e noi già il dimostrammo altrove (ved. il nostro *Trattato della minore età*, ec., tom. II, n. 836).

564. — E mestieri altresì che i coeredi assenti vengano rappresentati.

Da chi possono esserlo?

Il secondo comma dell'art. 817 risponde nel seguente modo:

« Riguardo a coeredi assenti, l'azione spettante a' parenti che sono stati messi in possesso. »

Si suppone qui però trattarsi di successione aperta a pro del coerede assente, prima di addivenire incerta la sua esistenza avvegna- ché diversamente non avrebbe potuto conseguirla (art. 435 e 436 — 441 e 442): eccetto quando (ciò che sarà rarissimo!), nel caso in cui la successione si fosse aperta dopo aver dovuto già presumersi assente, i suoi coeredi consentano non pertanto a lasciargli la quota sua, ad obbietto di ovviare, qualora ricomparisse, alla necessità di una novella divisione, o per ogni altro motivo (ved. il nostro *Trattato dell'assenza*, n. 203, 206).

Ebbene! adunque chi mai ha qualità per procedere alla divisione in nome del coerede assente?

È forza distinguere le tre epoche dell'assenza:

1. L'assenza è forse semplicemente presunta?

Il coerede presunto assente dovrà essere rappresentato, sia da procuratore da lui medesimo lasciato all'uopo, sia dal notaio desti-

nato dal tribunale, in conformità dell'articolo 413 — 419.

Non pertanto abbiamo divisato e persistiamo a dividere che il notaio, destinato soltanto in conformità del predetto articolo, avrebbe semplicemente la facoltà della difesa dalla domanda di divisione formata contro il presunto assente, e che sarebbe necessario, se si trattasse di formare la domanda in nome suo, che il tribunale udito allora per risolvere la questione di opportunità nello interesse del presunto assente, specialmente ve lo autorizzasse (ved. il nostro *Trattato dell'assenza*, n. 40-43; agg. Duranton, t. VII, n. 3; Duvigier sopra Toullier, t. II, n. 408, nota 6; Chabot, art. 817, n. 8; Demante, t. III, n. 445 bis, II; Malpel, n. 244).

L'art. 817 non ha mirato a cotesto primo periodo dell'assenza, dappoichè suppone i parenti messi in possesso: la quale espressione può dinotare la sola assenza dichiarata, e conseguentemente il secondo o il terzo periodo.

Ma l'art. 840 dichiara che le divisioni fatte in conformità delle regole sopra stabilite..... *sta in nome degli assenti o non presenti*, sono definitive.

La espressione *non presenti* si riferisce forse a' presenti assenti? Ovvero per contrario si riferisce forse al solo erede *non presente* su' luoghi, ma la cui esistenza altronde non sia incerta?

La stessa formola dell'art. 840 permetterebbe pienamente dividere avere in mira il presunto assente; dappoichè suppone il *non presente* venire rappresentato al pari dell'*assente*, e la divisione farsi in suo nome dal proprio rappresentante: or tal modo di procedere, il quale effettivamente debbe venir seguito, riguardo al coerede presunto assente, tornerebbe per contrario sommamente irregolare rispetto al coerede semplicemente non presente; dappoichè costui può venire rappresentato soltanto da mandatario da lui prescelto: se non abbiano prescelto alcuno personalmente o direttamente, l'azione di divisione debbesi sperimentare, ed il tribunale dee statuire, se vi sia luogo, in contumacia, secondo il diritto comune (confr. Duranton, t. VII, n. 440; Ducaurroy, Bonnier e Rostaing, t. II, n. 677).

Non pertanto è uopo convenire la espressione *non presente*, adoperata nell'art. 840, corrisponde all'altra *presenti* e *non presenti*, adoperata negli art. 819 ed 838 — 738 o 757, no' quali sembra riferirsi a coloro la cui

esistenza non sia incerta, ed i quali soltanto, come dichiara l'art. 985 C. pr. — 1061, non sono legittimamente rappresentati; e tal è in generale il senso della espressione *non presente* (ved. il nostro *Trattato dell'assenza*, n. 14; Demante, t. III, n. 447 bis, I, e 170 bis, II).

Chechè ne sia del rimanente torna sicuramente il modo di procedere da osservare in siffatto primo periodo dell'assenza.

565. — II. Dopo la dichiarazione di assenza o durante il secondo periodo, quello della immissione in possesso provvisoriale, l'azione spetta agli immessi in possesso. Tanto dichiara il testo dell'art. 817, il quale non distingue gl' immessi in possesso provvisoriale dagli immessi in possesso definitivo.

Ciò è notevole relativamente agl' immessi in possesso provvisoriale; dappoichè sono semplici amministratori, i quali non possono alienare (art. 125, 128 — 431, 134); ed avrebbero potuto porre in dubbio se potessero procedere alla divisione in nome dell' assente.

Ma il Codice attribuisce loro questa facoltà; ed è forza osservare:

4° Che esso attribuisce loro questa facoltà non solo per la difesa dall'azione di divisione, ma eziandio per insijnirla: l'azione spetta loro, esso dichiara (agg. art. 120 e 134 — 126 e 140);

2° Che esso attribuisce loro, in entrambi i casi, questa facoltà, senza veruna condizione di autorizzazione del tribunale: altronde ravviseremo la divisione potersi fare dagli immessi in possesso provvisoriale soltanto giudizialmente (ved. il nostro *Trattato dell'assenza*, n. 114).

566. — La stessa facoltà competerebbe al coniuge non solo nel caso in cui, in mancanza di parenti, avesse ottenuto la immissione in possesso provvisoriale, in conformità dell'art. 440, ma eziandio nel caso in cui, in conformità dell'art. 124, avesse prescelto di continuare la comunione; dappoichè dagli art. 420 e 434, del pari che dalla generale teorica del Codice intorno all'assenza, risulta il coniuge il quale abbia prescelto di continuare la comunione aver qualità per esercitare attivamente e passivamente le stesse azioni degl' immessi in possesso provvisoriale.

Ci parrebbe pur malagevole fermare per massima, come Delvincourt ha suggerito praticare (t. II, p. 44, nota 6), il coniuge presente dover citare gli eredi presuntivi dell' assente; dappoichè nessun testo ve lo astringe; ed il

più che potrebbe fare sarebbe lo ammettere gli eredi medesimi ad intervenire per la garanzia de' loro eventuali diritti (confr. il nostro *Trattato dell'assenza*, n. 284 e seg.; Duranton, t. VII, n. 408; Duvergier sopra Toulhier, t. II, n. 408, nota 6; Chabot, art. 817, n. 3; Poujol, art. 817, n. 6; Demante, t. III, numero 415 bis, l; Bioche, v. *Divisione*, n. 38; Dutruc, n. 274).

567. — III. Torna indubitato ora che nel terzo periodo dell'assenza, quello della immissione in possesso definitivo, l'azione di divisione compete agli immessi in possesso, sia in qualità di convenuti, sia in qualità di attori, ed eziandio senza veruna condizione di autorizzazione né formalità giudiziali; e tale era già, a prescindere dall'art. 817, la necessaria conseguenza de' poteri illimitati e senza responsabilità competenti agli immessi in possesso definitivo (art. 132 — 138; ved. il nostro *Trattato dell'assenza*, n. 459 e seg.).

568. — Da ultimo relativamente alle donne maritate, l'art. 818 — 737 dispone:

« Il marito senza il concorso della moglie può domandare la divisione degli effetti mobili ed immobili ad essa pervenuti, i quali cadono nella comunione de' beni; riguardo agli effetti che non cadono nella indicata comunione il marito non può domandare la divisione senza il concorso della moglie. Potrà soltanto, avendo il diritto di godere de' suoi beni, domandare una divisione provvisoria.

« Quelli che sono eredi unitamente alla moglie non possono domandare la divisione definitiva, se non chiamando in causa il marito e la moglie. »

Tal disposizione è sommamente precisa; e dimostreremo essere inoltre perfettamente unisona a' veri principii: laonde siamo persuasi il cieco più sicuro di risolvere le varie quistioni sorte intorno a questo subbietto essere lo attecarsi in tutti i casi a' termini semplici e chiari dell'articolo in esame (*infra*, numero 584).

569. — Osserviamo primamente non trattarsi qui della quistione da chi né in qual modo la eredità spettata alla donna maritata possa accettarsi.

Le regole risguardanti l'accettazione o la rinunzia vennero già esposte; e non dobbiamo tornare a ragionare (ved. il tomo II, num. 321, 328).

È uopo supporre qui la eredità spettata alla donna maritata trovarsi accettata come dove-

va esserlo; e l'unica quistione ora da risolvere si è quella chi abbia qualità per procedere alla divisione di tale eredità.

570. — La regola predominante nella sabbietta materia, come si potette scorgere dal fin qui esposto, si è che, per procedere alla divisione, è mestieri essere erede, val dire proprietario, o almeno essere il mandatario o il rappresentante legale del proprietario.

Quindi il tutore rappresenta gli eredi minori o interdetti e gli immessi in possesso rappresentano l'erede assente.

Ma la maritale potestà di per sé non conferisce al marito la facoltà di rappresentare la moglie negli atti civili, giudiziali o stragiudiziali, come il tutore rappresenta il minore (confr. Pothier, della *Potestà maritale*, num. 84).

Dunque la normale conseguenza ne sarebbe la moglie stessa, cui è spettata la eredità, avere, non ostante il matrimonio, qualità per procedere alla divisione, sia giudiziale, sia amichevole, a condizione però di ottenere, secondo il diritto comune, l'autorizzazione del marito o del giudice.

Ripetiamo essere normale cotesta conseguenza; e se per contrario spessissimo il marito ha qualità per procedere alla divisione delle eredità spettate alla moglie, l'ha non in forza di un diritto di rappresentazione emergente dalla sua maritale potestà, ma unicamente in forza di cessione, di attribuzione fattagli dalla stessa moglie, col contratto di matrimonio, de' suoi diritti ereditari.

Di fatti in forza delle convenzioni matrimoniali, ed avendogli le convenzioni medesime attribuito un diritto, sia di proprietà, sia di godimento su' beni spettanti alla moglie, il marito può aver diritto di procedere alla divisione, definitiva o provvisoria, delle eredità a lei attribuite.

È questa precisamente la base della distinzione stabilita con l'art. 818 — 737.

571. — Quello articolo distingue in due categorie tutti i beni, qualunque sieno, di cui possono comporsi le eredità spettate alla moglie, val dire:

Da un lato i beni, mobili o immobili, compresi nella comunione;

D'altro lato i beni, mobili o immobili, non compresi nella comunione.

572. — Relativamente a' primi, il marito può solo e senza il concorso della moglie, domandare la definitiva divisione.

E ciò è semplicissimo!

la vero egli ne è il proprietario; ovvero, se vogliasi così, la comunione, di cui ha solo la piena e libera amministrazione (art. 1421 — 1396).

Dunque regolarmente, sotto il sistema della comunione legale, in cui tutti i mobili spettanti a' coniugi vanno compresi nell'attivo comune (art. 1401, 1441, 1444), il marito può dimandar solo la divisione delle eredità mobiliari spettate alla moglie; e se la eredità sia in parte mobiliare ed in parte immobiliare, può dimandare la divisione definitiva dei mobili e la divisione provvisoria soltanto degli immobili, salvo a' coeredi della moglie il chiamarla in causa, ad oggetto di formare dello intero una sola divisione.

Ma la moglie, col contratto di matrimonio, ha potuto far comprendere nella comunione eziandio i suoi immobili; come se, per esempio, i coniugi abbiano stipulato una comunione universale de' beni loro, tanto mobili quanto immobili, in conformità dell'articolo 1526; ovvero se la moglie abbia consentito il mobilizzamento determinato della sua quota degli immobili in una eredità ancora indivisa, spettatale prima del suo matrimonio, ovvero ogni altro determinato mobilizzamento, il cui effetto fosse il rendere la comunione proprietaria degli immobili mobilizzati (art. 1505 e seg.)

In questo caso, essendo la comunione proprietaria di tali immobili come de' mobili, il marito avrebbe eziandio diritto di dimandarne la divisione definitiva: tanto positivamente dichiara l'art. 818.

573. — Ed avendo il marito diritto di dimandare solo la definitiva divisione degli oggetti mobili o immobili spettati alla moglie, compresi nella comunione, è manifesto aver diritto *a fortiori* di risponder solo alla domanda di divisione formata da' coeredi della moglie.

Pothier divisava così (*delle Successioni*, cap. IV, art. 4, § 2).

Ed in vero così richiede imperiosamente la logica.

Non pertanto un dubbio potrebbe sorgere dall'art. 818, il quale, in un secondo comma, distinto dal primo, statuisce, in termini in apparenza assoluti, i coeredi della moglie potere dimandar la divisione definitiva chiamando in causa il marito e la moglie.

Ma è questo in ultima analisi un vizio di grammaticale costruzione, il quale non potrebbe alterare il senso indubitato del testo

nè lo evidente intendimento del legislatore. Ciò che dimostra l'ultimo comma riferirsi non alle due ipotesi comprese nel primo comma, ma soltanto alla seconda si è che, dopo aver dichiarato per questa seconda ipotesi, il marito potere, senza il concorso della moglie, dimandare una divisione *provvisoria* degli oggetti a lei spettanti, non compresi nella comunione, il legislatore soggiunge, nell'ultimo comma, i coeredi della moglie, per fare una divisione *definitiva*, dover chiamare in causa il marito e la moglie; il che dimostra la correlazione di queste due disposizioni.

E finalmente ben si comprende il legislatore, dopo aver agito al marito il diritto di procedere, in qualità di attore, senza il concorso della moglie, per la definitiva divisione degli oggetti non compresi nella comunione, essere stato ancor diligente ad aggiugnere non potere procedervi neppure in qualità di convenuto; dappoiché taluni individui, comunque non possano dimandare la divisione, possono nondimeno difendersene; dunque poteva esservi un dubbio che si è creduto dover rimuovere, mentre non poteva essere menomamente incerto il marito, avendo capacità per dimandare la divisione degli oggetti compresi nella comunione, avere necessariamente con maggior ragione capacità per difendersi dalla domanda di divisione degli oggetti medesimi (confr. Duranton, t. VII, n. 115; Chabot, art. 817; Poujol, art. 817, num. 4; Demante, t. III, n. 116, II; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 243).

574. — Relativamente alla seconda categoria de' beni, val dire quelli non compresi nella comunione, il marito, dichiara l'art. 818, non può dimandarne la divisione senza concorso della moglie.

Anzi sarebbe stato più esatto il dichiarare la moglie poterne dimandare la divisione con autorizzazione del marito o del giudice.

Hyperocchè il vero si è il marito non avere allora qualità per dimandarla:

Nè in nome proprio, non essendo proprietario de' beni spettati alla moglie;

Nè come rappresentante della moglie, in maritale potestà non conferendogli cotesto diritto di rappresentazione (*supra*, n. 570).

Dunque è inesatta la compilazione di questo membro di frase nell'art. 818, sembrando attribuire allo stesso marito lo esercizio dell'azione di divisione col semplice concorso della moglie; dappoiché è manifesto, se i coniugi sieno separati di beni, lo sperimento di

tal azione esclusivamente competere alla moglie; e così avvenire sotto la regola dotale circa i beni parafernali (confr. Duranton, t. VII, n. 429).

575. — Cotesta proposizione è parimente vera sotto le regole diverse da quelle della comunione, in cui il marito ha il godimento de' beni particolari della moglie, nel senso la stessa moglie aver qualità per procedere alla definitiva divisione de' suoi beni partienari.

Se non che in questo ultimo caso il marito può, in forza del diritto che ha di godere dei beni della moglie, dimandare una provvisoria divisione, val dire una divisione di godimento: di fatti agisce allora in proprio nome ed in proporzione del diritto dalla stessa moglie trasferitogli.

576. — È manifesto che, quando il marito dimandi così una provvisoria divisione avversa i coeredi della moglie, costoro possono chiamare la stessa moglie in causa e dimandare contro di lei una definitiva divisione; ma spetta ad essi il chiamarla a questo obbietto, dappoiché il marito, dimandando la divisione provvisoria, esercita il diritto a lui proprio e dalla stessa legge ammesso nella sua persona.

577. — Come l'azione di divisione delle eredità spettate alla moglie compete al marito, qualora i beni ereditarij vadano compresi nella comunione, anche quando la eredità stessa fosse composta d'immobili;

Così del pari l'azione di divisione compete alla moglie, qualora i beni ereditarij non vadano compresi nella comunione, anche quando la eredità stessa fosse composta di mobili.

La prova ne discende:

4° Dal testo medesimo dell'art. 818, il quale dichiara il marito non poter dimandare la divisione senza concorso della moglie riguardo AGLI EFFETTI che non cadono nella comunione; or il vocabolo *effetti* è generico; ed è tanto più indubitato comprendere qui i mobili al pari degl'immobili, in quanto che corrisponde nel modo più diretto e necessario al primo membro della distinzione fermata col predetto articolo, il quale applicasi positivamente agli EFFETTI mobili o immobili;

2° Dal general principio su cui il legislatore nostro ha poggiate tutte le sue disposizioni, ed in conformità di cui la capacità relativa allo esercizio dell'azione di divisione è indipendente dalla natura mobiliare o immobiliare de' beni da dividere (*supra*, n. 558).

Obbiettasi il marito, a norma dell'art. 4428-

4399, avere lo esercizio delle azioni mobiliari competenti alla moglie.

Non sarebbe valida risposta a siffatta obiezione il sostenere, come nulladimeno han sostenuto Toullier (t. II, n. 408, nota 2) e Chabot (art. 818, n. 3), l'art. 4428 statuire intorno al caso della comunione legale in cui van compresi i mobili della moglie.

Imperocchè per contrario è manifesto dall'art. 4428 essere esclusivamente relativo al caso in cui trattisi di mobili particolari della moglie, avvegnachè se si trattasse di mobili pertinenti alla comunione, sarebbe applicabile l'art. 4421 — 4396 e non l'art. 4428.

Dunque, rispetto a noi, confessiamo il marito poter esercitare le azioni della moglie, eziandio relativamente a beni mobili a lei particolari.

È ben vero! ma noi già precisamente osservammo del pari lo esemplar dell'azione mobiliare essere ben diverso dallo esercizio dell'azione di divisione, eziandio di soli beni mobili: il legislatore nostro, ben lungi dal confondere queste due azioni, le ha per contrario affatto distinte; ed ha sottoposto ciascuna di esse a regole speciali: quindi il tutore, il quale può, senza autorizzazione del consiglio di famiglia, esercitare le azioni mobiliari del minore, non può, senza autorizzazione, dimandare la divisione della eredità mobiliare spettata al minore.

Per applicazione dello stesso principio è mestieri statuire il marito, il quale può esercitare, senza concorso della moglie, le azioni mobiliari, non potere, senza il suo concorso, procedere alla divisione di una eredità mobiliare a lei spettata (confr. Toullier, tom. II, n. 408; Duranton, t. VII, n. 421, 422; Chabot, art. 818, n. 3; Poujol, art. 818, n. 2, 3; Demante, t. III, num. 146 bis, III; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 243; Dutrieu, num. 234).

578. — Fermata la distinzione fra le eredità comprese nella comunione e le eredità non comprese, trattasi semplicemente statuire, in conformità de' principii partecorari regolatori del contratto di matrimonio, quali sieno quelle non comprese.

Or ciò a dir vero non si appartiene più direttamente al nostro subbietto;

Non pertanto ne faremo alcune applicazioni fra le più importanti, a fine di vienmeglio raffermare la stessa distinzione, costituente la base della subbietta materia.

Primamente si è mossa questione se il ma-

rito potesse, senza concorso della moglie, dimandare la divisione delle eredità mobiliari a lei spettate, sotto la regola della comunione, qualora ella avesse patteggiato di riprendere quanto vi avesse conferito, in caso di rinunzia alla comunione (art. 1514).

In altri termini è quistione se tal' clausola impedisca alle eredità mobiliari spettanti alla moglie di cedere in comunione ed al marito poterne disporre, in conformità dello articolo 1421.

Or Pothier, precisamente ragionando intorno allo effetto di questa clausola, relativamente al diritto del marito di dimandare la divisione, insegnava non ostarvi essa menomamente (*delle Success.*, cap. IV, art. 1, § 2).

E siffatta dottrina è pure ben fondata oggi; dappoichè osserveremo la clausola di riprendere ciò che si sia conferito non impedire di cadere in comunione quando si sia portato e non modificare conseguentemente, riguarda a' terzi, la facoltà del marito, come capo della comunione (confr. Duranton, tom. VII, n. 420; Rodière e Pont, *del Contr. di matrimonio*, t. II, n. 266).

579.—Ma avviene diversamente delle eredità mobiliari spettanti alla moglie sotto la regola della comunione ridotta agli acquisti; dappoichè i mobili componenti tali eredità non cadono in comunione; e per contrario divengono, come ravviseremo, nel tecnico linguaggio della subbietta materia, beni particolari convenzionali: quindi l'art. 1498 — 1494 ammette in ciascuno de' coniugi il diritto di prevalere innanzi tutto ciò che abbia conferito (confr. Duranton, t. VII, n. 422, Rodière e Pont, *del Contr. di matr.*, t. II, n. 51 o seg.; Troplong, *del Contr. di matr.*, t. III, n. 4002; Dutrac, n. 285, 286).

580.—Con maggior ragione torna manifesto le eredità mobiliari spettanti alla moglie sotto la regola esclusiva di comunione non cadere in comunione, non essendovi allora affatto comunione (art. 1530, 1534).

Indarno obbietterebbesi, sia sotto la regola della comunione di acquisti, sia sotto la regola esclusiva di comunione, il marito di avere lo esercizio delle azioni mobiliari della moglie (confr. articoli 1428, 1528, 1534 — 1499).

Abbiamo già risposto nulla doversi inferire dal diritto di esercitare in generale l'azione mobiliare al diritto affatto speciale di esercitare l'azion di divisione, eziandio della eredità mobiliare (*supra*, n. 577).

DEMOLOMBE, Vol. VIII.

581.—Finalmente la stessa soluzione è applicabile, a parer nostro, al caso in cui, in conformità dell'art. 1500, 4° comma, i coniugi abbiano dichiarato escludere dalla comunione tutti i loro mobili presenti e futuri, val dire alla clausola nota sotto la denominazione di *realizzazione* (arg. dagli articoli 1498 e 1504).

Non pertanto cotesta soluzione è stata più oppugnata; e soprattutto sonosi invocati per combatterla, sia la dottrina degli antichi autori, sia l'art. 1503; in conformità del quale ciascun coniugo ha diritto di riprendere il solo valore di quanto gli effetti mobili, seco portati al tempo del matrimonio, o pervenutigli posteriormente, oltrepassasse la sua quota posta in comunione (confr. Pothier, *Introd. al tit. X della cons. di Orleans*, n. 61, e *Trattato della com.* n. 325; Merlin, *Rep.* v. *Realizzazione*, § 1, n. 4; Troplong, *del Contr. di matr.*, t. III, n. 4936, 4937; decisi. C. di Colmar 42 apr. 1828, Halmufeger; D., 1828, II, 404; di Parigi 21 gen. 1837, Bordère, 15 aprile 1837; Langlois, 11 maggio 1837, Thion Dev., 1837, II, 303, 306).

Ma qui, a parer nostro, confondonsi due clausole assai diverse, cioè la clausola di realizzazione propriamente detta, di cui trattasi nel primo comma dell'art. 1500, e la clausola di conferimento, di cui trattasi nel secondo comma.

Rispetto a questa unicamente è ben fondato il sostenere, con l'art. 1503, che essa conferisce al coniuge il diritto di riprendere il solo valore di quanto gli effetti mobili seco portati oltrepassasse la sua quota posta in comunione; dappoichè è tale lo effetto particolare di questa clausola che il coniuge promette alla comunione una determinata somma, di cui diviene debitore, e che la soddisfa mercè dazione in pagamento de' suoi mobili, la quale ne rende effettivamente la comunione proprietaria. Del rimanente son questi principii che ci riserviamo esporre più specialmente nel titolo del contratto di matrimonio, dove dimostreremo il nostro Codice non avere adottato, circa le cause di realizzazione, i principii del nostro antico diritto, il quale attribuiva loro, il confessiammo, poco effetto, indubitatamente sotto la influenza della massima *res mobilis, res vilis* (confr. arresto C. cass. 2 lug. 1840, Bourgeois, Dev., 1840, I, 889; Duranton, t. VII, num. 424, e t. XIV, n. 318; Odier *del Contr. di matr.*, t. II, numero 728; Rodière e Pont, t. II, n. 54 e 94).

582. — È controversa questione quella se l'art. 818 sia applicabile alla regola dotale; ovvero, in altri termini, se il marito, sotto questa regola, possa procedere alla divisione delle eredità dotali spettate alla moglie col solo concorso di costei.

Il diritto romano, da cui il sistema dotale trae la sua origine, faceva all'obbietto la seguente distinzione:

L'azione di divisione del fondo dotale (non estimato) veniva forse istituita da' condomini della moglie? il marito poteva rispondervi solo.

Ma per contrario non poteva esso medesimo istituire l'azione senza il concorso della moglie (L. 2, *Cod. de fundo dotali*).

È non pertanto è noto che il marito, considerato in Roma come proprietario della dote, aveva lo esercizio delle azioni dotali, e segnatamente la rivendicazione (confr. L. 41, *Cod. de jure dot.*; L. 9; *Cod. de rei vindic.*)

Dalle quali cose conseguita l'azione di divisione non venire regolata dagli stessi principii delle altre azioni relative al fondo dotale.

Tutto l'opposto vi si applicava il principio della inalienabilità, e siccome da un lato questo principio non riguardava le alienazioni necessarie, e d'altro lato le alienazioni volontarie venivano permesse (almeno sino ad una determinata epoca) col consenso della moglie, così naturalmente erasi stabilita siffatta distinzione tra l'azione di divisione e la difesa dall'azione di divisione, cui il marito poteva rispondere solo; dappoiché l'alienazione, dimandata da' condomini della moglie, era necessaria, mentre l'azione di divisione richiedeva per contrario, al pari di tutte le alienazioni volontarie, il concorso del marito e della moglie.

È ben vero che, dopo la Costituzione di Gordiano (L. 2, *Cod. de fundo dotali*), avendo Giustiniano statuito che il fondo dotale non potrebbe alienare, eziandio col consenso della moglie, *neque consensientibus mulieribus* (*Inst.*, princ. quib. alien. licet), la logica conseguenza avrebbe dovuto esserne la divisione non aver dovuto potere, a compulso da tale epoca, dimandarsi neppure dal marito, eziandio col consenso della moglie.

Non pertanto questa rigorosa conseguenza non sembra esserne stata giammai desunta.

È segnatamente nelle nostre antiche province francesi di diritto scritto, dove era invalso il sistema dotale, veniva osservata la romana distinzione; ed il marito, il quale po-

teva rispondere alla domanda senza concorso della moglie, non poteva formarla senza concorso di lei (confr. Lacombe, v. *Divisione*, sez. 1, n. 6; Despeisses, 510, 6°).

583. — Oggidì tornerebbe malagevole, atteso i novelli testi, il conservare ancora tal distinzione.

E puossi con fondamento suggerire, sotto l'impero del Codice, l'uno o l'altro de' seguenti partiti:

O il marito aver qualità per procedere alla divisione de' beni dotali, senza concorso della moglie, non solo assumendo la qualità di convenuto, ma eziandio quella di attore;

Ovvero non aver qualità per procedervi, senza concorso di lei, non solo assumendo la veste di attore, ma altresì quella di convenuto.

Per sostenere il primo partito puossi pretendere: 1° l'art. 818 essere inapplicabile al sistema dotale; 2° l'unico articolo applicabile a questo sistema, relativamente all'azione di divisione de' beni dotali, essere l'art. 1549—1562; 3° da ultimo i principii richiedere tal differenza fra il sistema dotale e gli altri sistemi matrimoniali:

1° Dalla inapplicabilità dell'art. 818 al sistema dotale discende la prova, dicesi, primieramente dello intendimento de' compilatori i quali al certo non ebbero in mira il sistema dotale; dappoiché, in mente loro a quella epoca, non dovevasi ammettere nel Codice, e vi è stato introdotto, nel titolo del *Contratto di matrimonio*, sol dopo la promulgazione dell'art. 818: i termini medesimi di tale articolo, per l'antitesi da esso stabilita fra i beni compresi nella comunione ed i beni non compresi, dimostrano riguardare i soli sistemi consuetudinarii de' paesi di comunione.

2° Dunque precisamente nelle disposizioni speciali al sistema dotale è mestieri investigare quali sieno, sotto questo sistema, le regole da osservare; e precisamente con un articolo speciale il legislatore è stato sollecito a determinarle.

In vero, a norma dell'art. 1549: « Il solo marito ha l'amministrazione de' beni dotali durante il matrimonio: egli solo ha diritto di agire contro i debitori, e detentori de' beni dotali... » val dire ha solo l'esercizio delle azioni reali, mobiliari o immobiliari, e delle azioni personali;

Or che cosa è mai l'azione di divisione se non simultaneamente un'azione reale ed un'azione personale, *tam in rem quam in per-*

nomam, veluti familiae erciscundae, diceva Giustiniano (*Inst. de action.*, § 20); reale, dimandando il coerede al suo coerede l'abbandono della sua quota in natura negli oggetti comuni; personale, dimandandogli il pagamento delle personali prestazioni, di cui i coeredi possono essere rispettivamente tenuti;

Dunque l'art. 1549 virtualmente attribuisce al marito l'azion di divisione de' beni dotali.

3° Finalmente aggiugnasi tal differenza essere unisona alla stessa differenza de' principi i quali hanno in ogni tempo distinto le facoltà del marito, riguardo a' beni particolari della moglie, sotto i sistemi consuetudinari, dalle facoltà di lui, riguardo a' beni dotali, sotto la regola dotale romana e de' nostri antichi paesi di diritto scritto. Laonde, in conformità dell'art. 1428 — 1399, il marito, sotto la regola della comunione, e sotto gli altri sistemi consuetudinari che vi si annodano, non può senza il concorso della moglie, esercitare le azioni immobiliari petitorie; mentre, in conformità dell'art. 1549, il marito, sotto la regola dotale, può, senza concorso della moglie, esercitare le azioni immobiliari petitorie relative alla dote; e così appunto l'azion di divisione, negatagli sotto gli altri sistemi, gli viene per contrario conceduta sotto questo (confr. decis. C. di Aix 9 genn. 1810, Michel, Sirey, 48 11, II, 469; 30 apr. 1841, Roux, D. 4842, II, 47; Delvincour, t. II, p. 44, nota 40; Benoit, della Dote, t. I, p. 417; Duport-Lavilette, Quist. di Dir., t. V, p. 640; Chardon, della Potestà maritale, n. 233; Trop-Long, del Contr. di matr., t. IV, n. 3408 — 3144).

584. — Cotesta teorica è, a parer nostro, affatto inaccettabile:

4° L'art. 818 stabilisce, in termini generali, una distinzione fra' beni compresi nella comunione ed i beni non compresi; e, relativamente a' questi, dichiara il marito non poterne dimandare la divisione senza concorso della moglie;

Or i beni dotali della moglie, sotto la regola dotale, non vanno compresi nella comunione;

Dunque il marito non può, senza concorso della moglie, dimandarne la divisione.

Ciò ci pare ineluttabile!

Indarno obiettasi che, quando l'art. 818 venne compilato, credevasi la regola dotale non venire introdotta nel Codice. Confessiamo esser ciò verosimile; ma che monta? l'art.

818 ad evidenza applicavasi, nella mente dei suoi autori, come applicasi nella generalità de' suoi termini, a tutti i sistemi i quali potessero, in qualsivoglia epoca, stabilirsi dalla legge, o adottarsi con la convenzione de' coniugi; e ciò è bastevole! Altronde lo essenziale principio di tal distinzione applicasi alla regola dotale come a tutte le altre: il qual principio si è che, per procedere alla divisione, fa di mestieri esser proprietario (*supra*, n. 570): è questa la ragione per cui il marito può dimandare la divisione de' beni della moglie compresi nella comunione, e non ha tale facoltà, relativamente a' quelli non compresi: or il marito non è proprietario de' beni dotali sotto la regola dotale: dunque, in conformità del suo testo, non può dimandarne la divisione senza il concorso della moglie.

2° Ma, dicesi, se il marito non è proprietario de' beni dotali, ne è l'amministratore: come rappresentante della moglie ha qualità per dimandare la divisione; e precisamente dall'art. 1549 discende siffatta facoltà pel marito.

Per contrario è indubitato, a creder nostro, l'art. 1549 non applicarsi all'azion di divisione.

In vero cotesto articolo dichiara il marito aver diritto di agire contro i debitori e detentori de' beni dotali, val dire attribuisce al solo marito lo sperimento delle azioni reali, possessorie o petitorie, e delle azioni personali.

Or non mai, in veruna epoca del privato diritto, nè negli antichi tempi, nè ne' nostri odierni tempi, l'azion di divisione venne confusa con le altre azioni reali o personali; e la facoltà di esercitare le azioni reali petitorie non ha mai tratto seco, come conseguenza, la facoltà di esercitare l'azion di divisione.

Laonde affermammo in Roma il marito, il quale poteva esercitare, senza concorso della moglie, le rivendicazioni del fondo dotale, non poteva nulladimeno dimandarne la divisione senza suo assenso (*supra*, n. 582).

E siffatto principio venne sempre osservato in Francia nelle province di diritto scritto (*supra*, n. 583).

Similmente, sotto l'impero del Codice, il tutore, il quale può, senza autorizzazione del consiglio di famiglia, esercitare le azioni mobiliari del minore, non può, senza tale autorizzazione, esercitare l'azion di divisione di una eredità, eziandio meramente mobiliare (*supra*, n. 558).

Finalmente (e questo ultimo esempio è affatto topico) il marito, il quale, sotto la regola della comunione di acquisti o della esclusione di comunione, può esercitare le azioni mobiliari della moglie senza consenso di lei, non può, senza suo assenso, sperimentare l'azione di divisione di una eredità mobiliare a lei spettata! (*Supra*, n. 577).

Pel fin qui detto la conclusione non è forse inevitabile! e non debbesi forse ad evidenza ammettere che dal potere il marito, sotto la regola dotale, esercitare solo le azioni reali, mobiliari o immobiliari, relative a beni dotali, non conseguita menomamente poter esercitare solo e senza consenso della moglie l'azione di divisione.

Dunque l'art. 4549 non mira affatto all'azione di divisione; ed ora è mestieri preseggiere:

O ammettere l'art. 818 essere applicabile alla regola dotale come a tutte le altre;

O ammettere nessun testo del Codice avere determinato lo esercizio dell'azione di divisione de' beni dotali sotto la regola dotale: avvegnachè, tranne l'art. 818, non avviene effettivamente veruno altro; la qual cosa menerebbe a sottoporre la divisione a dettami dell'art. 4354 — 4367, val dire alla conclusione nè il minore nè il marito nè la moglie nè entrambi unitamente potervi procedere!

3° La dottrina da noi confutata è tanto più esorbitante in quanto che ne risulta il marito avere, nel nostro novello diritto, relativamente alla divisione de' beni dotali, facoltà maggiori di quelle che aveva eziandio per diritto romano, il quale lo riputava non pertanto *dominus dotis*! Troplong pretende giustificare cotesto risultamento, sostenendo che la fisionomia della divisione non è per diritto francese la stessa che per diritto romano; e che la divisione, attribuita appo i Romani, è per contrario dichiarativa appo noi, mirando semplicemente al determinamento delle quote (*loc. supra cit.*) Ma cotesta proposizione, su cui il chiarissimo autore poggia parecchie importantissime soluzioni, è, a parer nostro, troppo assoluta: crediamo aver dimostrato la divisione oggi ancora non essere soltanto un atto di amministrazione, ed avere, sotto alcuni rapporti, il carattere di alienazione (*supra*, num. 548, 549): la prova lo stesso Codice averla così riguardata si è il sommettere gli amministratori della cosa altrui, circa l'azione di divisione, a condizioni cui non li sottopone circa gli atti di amministrazione.

4° Finalmente soggiugniamo la dottrina, la quale richiede il concorso della moglie per la divisione de' beni dotali, essere inoltre eminentemente saggia e preveggenza. Non incontrasi pericolo alcuno nel potere il marito esercitare solo le azioni relative a beni dotali: allora lo interesse de' coniugi è lo stesso: il marito, responsabile altronde verso la moglie della mancanza di procedimenti (art. 4362 — 4375), trovasi al pari di lei interessato alla conservazione de' beni dotali, di cui ha il godimento e la cui piena proprietà costituisce il patrimonio della famiglia; ma per contrario nell'azione di divisione lo interesse del marito potrebbe essere opposto allo interesse della moglie: in vero spesso potrebbe il marito desiderare la dote della moglie formarsi di mobiliari valori, di cui potrebbe disporre, anzichè d'immobili, i quali sarebbero inalienabili presso di lui; e quindi si sceglie l'opposto interesse della moglie e tornare per lei della maggiore importanza il figurare nella divisione per difendervi i propri diritti (confr. *decis. C. di Nîmes* 12 marzo 1835, *Crussy*, *Dev.*, 4835, II, 52; di *Parigi* 14 marzo 1845, *principe della Moskowa*, *Dev.*, 4846, II, 501; *arresto C. cass.* 21 genn. 1846, *stesse parti*, *Dev.*, 4846, I, 263; *Toullier*, t. XIV, n. 456, 457 e 213; *Duranton*, t. VII, n. 425 e t. XV, n. 396; *Chabot*, art. 818, n. 9; *Malpel*, n. 244; *Rodière e Pont*, *del Contr. di matr.*, t. II, n. 464, *Tossier*, *della Dote*, t. II, p. 442, e *Quist*, *su la dote*, n. 59, 62; *Proudhon*, *dell'Usufrutto*, t. III, n. 1245; *Demante*, t. III, n. 446 bis, IV; *Zachariae*, *Aubry e Rau*, t. V, p. 243; *Dutruc*, n. 290; *D. Rac. alfab.*, v. *Contr. di matr.*, n. 3327).

585. — Già osservammo che se il marito non può, senza consenso della moglie, esercitare l'azione di divisione de' beni a lei spettati, non compresi nella comunione, la moglie può per contrario sperimentare tale azione senza concorso del marito; dappoichè precisamente a lei compete l'azione.

Se non che, siccome è incapace, sia di piastre, sia di alienare o contrattare senza autorizzazione, così fa di mestieri, in mancanza di autorizzazione del marito, ottenersi da lei l'autorizzazione del giudice per procedere alla divisione, sia giudiziale, sia amichevole (*supra*, n. 570).

586. — È pure opinione plaudita sommamente, in conformità della quale la moglie potrebbe, senza alcuna autorizzazione del marito o del giudice, proceder sola amichevol-

mente alla divisione delle eredità mobiliari a lei spettate, quando sia separata di beni, o quando sia maritata sotto la regola dotale, se trattasi de' suoi mobili parafernali.

Cotesta opinione è precipuamente fondata su l'art. 1449, a norma di cui la moglie separata, sia di persona e di beni, sia di beni soltanto, ne riassume la libera amministrazione, e può disporre de' suoi mobili ed alienarli (agg. art. 1576 — 1389; coofr. Toullier, t. II, n. 408; Duranton, t. VII, n. 128; Chabot, art. 818, n. 9; Marcadé, art. 818 num. 4; Troplong, del *Contr. di matr.*, t. II, numero 4421).

Ma abbiamo già impresso a dimostrare, e persistiamo a credere che, se l'art. 1449 permette alla moglie alienare i suoi mobili senza autorizzazione, è questa una conseguenza della capacità conferita e di liberamente amministrarli, e che conseguentemente può consentire solo gli atti di alienazione quando gli atti medesimi abbiano il carattere di atti di amministrazione (ved. il nostro *Trattato del matrimonio e della separazione personale*, t. II, n. 455); or la divisione al certo non ha questo carattere; ed il Codice non l'ha mai considerata come tale; ed in vero ha maggiore importanza; avvegnchè può dar luogo ad incidenti sommamente gravi ed operazioni assai complicate: laonde avvisiamo la moglie non potere, sotto alcuna regola, procedervi senza autorizzazione, eziandio per le eredità mobiliari. È manifesto non potervi ella procedere giudizialmente; dappoichè non può mai pignere senza autorizzazione (art. 245 — 204); ma siccome non può mai neppure alienare senza autorizzazione (art. 247 — 206), tranne sotto la regola della separazione di beni, i suoi mobili, e sotto la regola dotale, i suoi mobili parafernali, se non quando l'alienazione costituisca un atto di amministrazione, così ci pare più logico ed unisono alla generale teorica della legge, la quale non si attiene mai alla natura mobile o immobile dei beni per determinare la capacità di procedere alla divisione, ci pare, diciamo, più consentaneo alla logica lo attecchirsi alla regola generale fermata con l'art. 217, e richiedere, per tutti i casi, l'autorizzazione del marito o del giudice (confr. Demante, t. III, n. 446 bis, VI; Dutruc, della *Divisione*, n. 31, e della *Separazione di beni*, n. 340-341).

587. — Le regole da noi esposte (*supra*, n. 548 e seg.), intorno alle condizioni di capacità necessario per procedere alla divisione,

ne, applicarsi alla divisione definitiva la quale sola offre, sotto alcuni rapporti, il carattere di alienazione.

Esse non si applicano alla divisione provvisoriale, la quale limitandosi a determinare temporaneamente i godimenti, senza modificare il merito del diritto, è un semplice atto di amministrazione, e la quale conseguentemente debbe potersi consentire in generale da coloro i quali hanno la capacità di amministrare i beni indivisi (arg. dall'art. 840 — 759).

Da ciò conseguita la divisione provvisoriale potersi consentire.

Sia da' tutori de' minori o interdetti, senza autorizzazione del consiglio di famiglia (ved. il nostro *Trattato della minore età*, ec., t. I, n. 723);

Sia da' minori emancipati, senza l'assistenza del creatore;

Sia dalle mogli separate di beni, senza autorizzazione de' mariti o del giudice.

Relativamente agl'immessi in possesso provvisorio de' beni dell'assente, ciò torna manifesto, potendo, senza veruna autorizzazione, procedere eziandio alla definitiva divisione (*supra*, n. 565 e seg.).

Rispetto a' presunti assenti, il notaio destinato dal tribunale in conformità dell'art. 413-419 non avrebbe, a creder nostro, diritto di consentire alla provvisoria divisione; dappoichè non ha l'amministrazione de' beni dell'assente: dunque converrebbe che il tribunale o altri lo avesse autorizzato a consentire la divisione medesima (confr. Rousseau de La Combe, v. *Divisione*, sez. III, n. 9; Rousilhe, *Instit. del diritto di legitt.*, t. II, n. 564; Ducanroy, Bonnier e Rousaing, t. II, n. 679; Demante, t. III, num. 470 bis, II; Duranton, t. VII, n. 478).

588. — E quando i tutori e gli altri da noi indicati abbian fatto, mercè convenzione *ad hoc*, una divisione provvisoriale, con volontà da ambe le parti di farla così, la convenzione medesima consentita da essi, entro i limiti della loro capacità, è reciprocamente obbligatoria per tutti i contraenti.

Dalle quali cose risulta:

1° Che ciascuna delle parti acquista irrevocabilmente, senza esser tenuta di poi in comune, i frutti da lei raccolti degli oggetti compresi nella sua quota provvisoriale;

2° Che nè le une nè le altre possono dimandarne la nullità, e sono tutte del pari in obbligo di rispettarla durante tutto il tempo

determinato dalla convenzione, purché questo non ecceda il quinquennio;

3° Che finalmente ciascuna di esse può possa dimandare la divisione definitiva. Del resto torneremo a ragionare su questo punto (*infra*, n. 600 e seg.; art. 815 — 734; arresto C. cass. 24 giug. 1839, *Désaphix*, Dev., 1839, I. 615; *Zacharine*, Aubry e Rau, t. V, p. 250, 251; *Duranton*, *loc. supra*; *Duvergier* sopra *Toullier*, t. II, n. 443, nota a; *Demante*, t. III, n. 170 bis; *Dutruc*, n. 274).

§ III.

Della forma della divisione.

SOMMARIO.

589. — Esposizione.

590. — La divisione può farsi, sia amichevolmente, sia giudizialmente.

591. — Divisione.

589. — La divisione è, come affermammo, un importante atto, il quale distinguesi pel particolar carattere di non costituire un negozio, un traffico, finalmente una operazione, in cui le parti mirano ad uno scopo di speculazione le une in danno delle altre! Essa ha per unico obbietto lo esatto determinazione delle quote da spettare a ciascuno dei condomini; ed il fine suo, come la sua regola, è la eguaglianza!

Quindi in vero volontà del legislatore si è mantenervisi sempre la eguaglianza per quanto sia possibile.

È ben vero che, qualora tutte le parti sieno di età maggiore, capaci di alienare e di accordo, egli non ha sottoposto, per quanto le riguarda, la divisione a veruna forma particolare.

Ma ha stabilito un complesso di formalità da osservare, quando le parti sieno incapaci o non possano mettersi di accordo.

Anzi sarebbe lecito meravigliarsi forse non aver la sua preveggenza richiesto la osservanza di queste formalità per tutti i casi in cui le parti non possano liberamente disporre dei beni loro ed in cui sembrano aver potuto altresì vantaggiosamente applicarsi (*infra*, n. 602); ma gl' inconvenienti delle divisioni giudiziali, le lentezze e segnatamente le spese che ne emergono, possono spiegare per qual motivo il legislatore non ha voluto troppo generalizzare la necessità di tali divisioni; e cotesta considerazione dovrà pure servire di regola nella interpretazione delle sue disposizioni intorno a questa materia.

590. — Dunque la divisione può farsi in duplice modo:

Sia amichevolmente: è questa la divisione convenzionale;

Sia giudizialmente: è questa la divisione giudiziale.

591. — Intorno ad entrambi tali modi di divisione è forza disaminare due precipue quistioni:

I. In quali casi la divisione può farsi amichevolmente? Ed in quali casi debba farsi giudizialmente?

II. In qual forma può farsi la divisione amichevole? E quali sono le forme della divisione giudiziale?

N. 4.

In quali casi la divisione può farsi amichevolmente? — Ed in quali casi debba farsi giudizialmente?

SOMMARIO.

592. — Esposizione.

593. — Enumerazione delle ipotesi in cui debba farsi giudizialmente la divisione.

594. — 1° Orgli eredi minori.

595. — 2° Orgli eredi interdetti. — Di coloro che trovansi sottoposti a costante giudizio.

596. — Dell'erede non interdetto recluso in un pubblico o privato stabilimento di menterati.

597. — 3° Dell'erede non presente.

598. — A. Continuazione. — Dell'erede assente, presunto o dichiarato.

599. — B. Dell'erede non presente sui luoghi, senza essera altrimenti locata la sua esistenza.

600. — 4° Del caso in cui i coeredi presenti, maggiori e padroni del loro diritto, non sieno di accordo intorno al modo di divisione.

601. Continuazione.

602. — Quando cessi, durante la divisione giudiziale, la causa che l'aveva resa necessaria, le parti possono abbandonare le vie giudiziali e procedervi amichevolmente.

603. — I creditori della eredità potrebbero forse dimandare procedersi alla divisione giudiziale, quando tutti gli eredi maggiori o capaci sieno di accordo per l'amichevole divisione?

604. — *Quid circa i creditori particolari degli eredi?*

605. — La donna maritata può procedere alla divisione amichevole con autorizzazione del marito o del giudice.

606. — *Quid relativamente alla donna maritata sotto la regola dotale circa la divisione dei suoi beni dotali?*

607. — *Quid rispetto alla moglie il cui marito trovasi interdetto?*

608. — Dei diversi mezzi da potersi adoperare per esimersi dalla necessità della divisione giudiziale, quando farsi coeredi riavengansi minori o interdetti.

592. — La quistione in quali casi la divisione possa essere convenzionale ed in quali debba essere giudiziale formò l'obbietto di pa-

recchi articoli, sia nel Codice Napoleone, sia nel Codice di procedura, onde viene risolta, è mestieri confessarlo, in modo alquanto confuso.

Primamente i testi sono concepiti così:

Articolo 819 — 738. « Se tutti gli eredi sono presenti ed in età maggiore, non è necessaria l'apposizione de' sigilli sopra gli effetti ereditari, e la divisione può farsi in quella forma ed atto che le parti interessate crederanno conveniente.

« Se tutti gli eredi non sono presenti, se fra essi si trovano de' minori e degl'interdetti, dovrà essere apposto il sigillo nel più breve termine, sì a richiesta degli eredi, come ad istanza del regio procuratore presso il tribunale di prima istanza, ed anche *ex officio* dal giudice di pace, nel cui circondario si è aperta la successione. »

Articolo 823 — 712. « Se uno de' coeredi ricusa di acconsentire alla divisione, o se insorgono controversie sul modo d'intraprendere o di ultimarla, lo stesso tribunale pronunzia come nella causa sommaria, ovvero, essendovi luogo, delega un giudice per le operazioni della divisione, e decide le contestazioni, sopra la relazione del medesimo. »

Articolo 838 — 757. « Se tutti i coeredi non sono presenti, e se fra questi vi sieno degl'interdetti o de' minori di età, ancorchè emancipati, la divisione deve farsi giudizialmente, in conformità delle norme prescritte negli art. 818 e successivi sino al precedente inclusivamente. »

Ed intorno a questo subbietto col Codice di procedura similmente dichiarasi:

Articolo 984 — 1060. « Le formalità di sopra stabilite saranno osservate nella vendita all'incanto, e nelle divisioni tendenti a far cessare la comunione, allora quando vi saranno interessati i minori, o altre persone che non godono ancora un libero esercizio de' loro diritti civili. »

Articolo 985 — 1061. « Quando poi i comproprietari o coeredi saranno tutti maggiori, ammessi al godimento de' diritti civili, presenti o legittimamente rappresentati, potranno attenersi alle vie giudiziali, abbandonarle in qualsivoglia stato di causa, ed accordarsi a procedere in quella maniera che più crederanno di loro interesse. »

593. — Da siffatti varii testi conseguita la divisione diversamente fare giudizialmente, quando fra gli eredi rinvengonsi.

I Minori;

2° Interdetti;

3° Non presenti;

4° Finalmente quando gli eredi, eziandio di età maggiore, capaci e presenti, non possono porsi di accordo per la divisione amichevole.

Tranne queste quattro ipotesi, la divisione può dunque seguire amichevolmente.

E quindi è importante chiaramente diffinirle.

594. — 1° Relativamente agli eredi minori, dobbiamo fare una sola osservazione, cioè i testi in esame, nella loro generalità, applicarsi a tutti i minori indistintamente.

Che essi vadano sottoposti alla sola patria potestà durante la vita de' genitori (art. 389 — 312), ovvero alla tutela dopo la morte di uno di costoro (art. 390, *conf. supra*, n. 536; il nostro *Trattato della patria potestà*, numero 446);

Che sieno non emancipati oppure emancipati (art. 838 — 757; *conf. il nostro Trattato della minore età*, ec., t. II, n. 306);

Nulla monta!

La necessità della divisione giudiziale è indistintamente applicabile a tutti gli eredi minori.

Dalle quali cose è nopo inferire, a parer nostro, non ostante la decisione in contrario della corte di Parigi (30 genn. 1852, *Camias*, D. 1853, II, 37), il tutore non potere, eziandio con l'autorizzazione del consiglio di famiglia, cedere i diritti ereditari del minore, anche quando la eredità fosse soltanto mobiliare (*conf. Dalloz, loc. supra, Osservazioni*; *Dutruc*, n. 22).

595. — 2° Andando gl'interdetti assimilati a' minori (art. 509 — 432), relativamente alla necessità della divisione giudiziale semplicissima torna la conseguenza (*ved. il nostro Trattato della minore età e della interdizione*, t. II, n. 577 e seg.)

Ma siccome l'individuo, semplicemente sottoposto a consulente giudiziario per causa di debolezza di mente o prodigalità, non reputasi interdetto, e d'altro lato la necessità della divisione giudiziale non può estendersi a casi diversi da quelli contemplati testualmente dalla legge, così ne conseguita poter egli, con l'assistenza del consulente, la quale nè anche sempre è necessaria, reputarsi per contrario sempre sufficiente (*conf. il nostro Trattato della minore età*, ec. t. I, n. 468 e 512, e t. II, n. 720 e seg.; *Denante*, t. II, n. 447 bis, III; *Dutruc*, n. 24).

596. — Relativamente allo individuo non interdetto, recluso in un pubblico o privato stabilimento di mentecatti, siccome dall'articolo 36 della legge del 30 giugno 1838 risulta dover essere, se vi sia luogo, rappresentato nelle operazioni della divisione da un amministratore provvisorio o da un notaio, così la conseguenza si è la divisione doversi fare giudizialmente; avvegnachè questa è la regola, quante volte la divisione si faccia, in nome di un erede incapace o assente, da un mandatario, sia legale, sia giudiziale (confr. *supra*, n. 590, ed *infra*, n. 599; Zachariae, Aubry o Rau, t. V, p. 248).

597. — 3° Rispetto agli eredi non presenti, già osservammo (*supra*, num. 564) tale espressione non offrire, ne' testi in esame, un senso molto chiaro, o piuttosto i testi medesimi (cecetto forse il solo art. 985 C. pr. — 4061) sembrano aver confuso due ipotesi assai diverse, cioè quella in cui l'erede non sia presente su' luoghi, senza esservi altronde veruna incertezza circa la sua esistenza, e quella in cui sia, nel tecnico significato di questo vocabolo, assente presunto o dichiarato.

Tal confusione è manifestata segnatamente nell'art. 819, il quale assimiglia al certo indebitamente il caso in cui l'apposizione dei suggelli non sia necessaria al caso in cui la divisione possa amichevolmente seguire, subordinando in entrambi i casi la necessità dell'apposizione de' suggelli e la possibilità della divisione amichevole alla condizione tutti gli eredi dover essere presenti.

Ma è manifesto che se l'apposizione de' suggelli è necessaria per l'unico motivo l'erede non essere attualmente presente su' luoghi, non è a dire lo stesso della divisione giudiziale, la quale è indispensabile, come ravviseremo, solo quando l'erede sia assente presunto o dichiarato.

Dunque è mestieri distinguere qui in modo più chiaro del legislatore:

O uno degl' eredi è assente, sia presunto, sia dichiarato:

O è semplicemente non presente.

598. — A. Il coerede è forse assente presunto?

La divisione debbe seguire giudizialmente (art. 838, 840 — 757, 759; ved. il nostro *Trattato dell' assenza*, n. 43).

È forse assente dichiarato?

Allora ci pare similmente indubitato:

Da un lato gl' immessi in possesso provvisorio poter procedere alla sola divisione giu-

diziale (arg. dagli articoli 425, 428 — 431, 434).

E d'altro lato gl' immessi in possesso definitivo potere per contrario procedere alla divisione amichevolmente e come meglio aggrada loro (arg. dall' art. 432 — 438; confr. il nostro *Trattato dell' assenza*, n. 114 e 453; Duranton, t. VII, n. 140, 442; Malpel, num. 256; Chabot, art. 838, n. 2; Ducaurroy, Bonnier e Rousiaing, t. II, n. 667; Demante, t. III, n. 447 bis, 1).

599. — B. Per contrario il coerede è forse soltanto non presente su' luoghi?

In tal caso fa di mestieri del seguente dilemma:

Se sia *legittimamente rappresentato*, come dichiara l'art. 985 C. pr., val dire se abbia lasciato un mandatario con facoltà sufficienti per rappresentarlo in un' amichevole divisione, è manifesto non tornare necessaria la divisione giudiziale.

Anzi non debbesi richiedere, a ereder nostro, che il mandato espressamente contenga la facoltà di consentire all' amichevole divisione: cotesta facoltà ci pare compresa nel mandato conferito per consentire alla divisione, ovvero semplicemente per dividere; dappoichè debbesi di leggieri supporre nel mandante, dice con somma ragione Demante, lo intendimento di oviare al dispendio di una giudiziale divisione (t. III, n. 447 bis, 1). Indubitabilmente è mestieri che il mandato sia speciale ad oggetto di dividere (arg. dall' art. 1988 — 1860); ma ciò è bastevole.

Se per contrario il coerede non presente non trovisi legittimamente rappresentato, evvi luogo a procedere giudizialmente alla divisione che il riguarda; ma non per la sua non presenza, sì bene per la mancanza di suo consenso: quindi non trovasi rappresentato l' da alcun mandatario legale; e precisamente contro di lui, come osservammo innanzi (n. 554), la procedura viene sperimentata, in conformità delle regole del diritto comune (confr. Ducaurroy, Bonnier e Rousiaing, t. II, num. 656 e 677).

600. — 4° Finalmente, anche quando tutti i coeredi sieno di età maggiore, ammessi al godimento de' diritti civili, dichiara l' art. 985 C. pr., e presenti, la divisione può solo aver luogo giudizialmente:

Se uno de' coeredi si neghi a procedervi;

Se sorgano tra essi controversie, sia intorno al modo di procedervi, sia intorno al modo di compirla.

Allora è nopo che il magistrato sentenzii fra coeredi contendenti.

Le espressioni adoperato nell' art. 984 o 985 C. pr. non godono... ovvero ammessi al godimento de' diritti civili riferiscono ad evidenza agli interdetti; ma è da por mente non essere esse esatte e confondere ciò che la scienza ha sempre distinto, cioè il godimento con lo esercizio de' diritti civili (ved. il nostro Trattato del godimento de' diritti civili, num. 439, ec.; del Matrimonio ec., t. III, numero 427; della Minore età, ec., t. I, n. 639 e seguenti.)

In vero ciò che rendo necessaria la divisione giudiziale si è la privazione, in persona di uno de' coeredi, dello esercizio de' diritti civili, e non già la privazione del godimento di tali diritti; ed al certo nulla, prima dell'abolizione della morte civile, avrebbe impedito al morto civilmente l'amichevole divisione de' beni indivisi da lui acquistati dopo incorso la morte civile.

601. — Del rimanente è manifesto che gli eredi di età maggiore, padroni de' loro diritti, e presenti o legittimamente rappresentati, i quali avrebbero potuto procedere alla divisione affatto amichevole, possono a fortiori sempre:

Sia per termine amichevolmente alle controversie sorte nel corso della divisione giudiziale fra essi;

Sia allontanarsi parzialmente dalle forme stabilite dalla legge per le divisioni giudiziali;

Sia pienamente trascurarle, in ogni stato di causa, e convenire di procedere in quel modo che stimeranno opportuno (art. 827 C. Nap. — 746, e 985 C. pr.).

602. — È uopo altresì applicare la regola testè riferita agli eredi minori o interdetti in nome de' quali erasi cominciata una divisione giudiziale, qualora essi, nel corso della procedura, l'ostacolo al poter essi consentire all'amichevole divisione.

603. — I eredi della eredità non potrebbero dimandare procedersi alla divisione giudizialmente, quando tutti gli eredi, di età maggiore e padroni de' loro diritti, pongansi di accordo per l'amichevole divisione.

Indubitatamente possono dimandare l'opposizione de' suggelli e formare opposizione alla già seguita suggellazione, e dimandare distendersi inventario (art. 820, 821 C. Nap. — 739, 740; e 909, 930, 911 C. pr. — 986, 4007, 4017): è pure lor diritto il procedere al sequestro de' mobili ereditari da vendersi

nelle forme stabilite dal Codice di procedura (art. 826 C. Nap. — 745; e 942, 945 C. pr. — 4018 e 4021). Ben si comprendono, da parte de' eredi della eredità, i provvedimenti di tal genere aventi per obbietto la conservazione de' beni ereditari che formano il pegno loro; ed osserveremo avere ancora all'uopo altri diritti.

Ma, circa la forma della divisione, nè la legge, nè la ragione permette loro richiedere che abbia luogo giudizialmente.

604. — La stessa regola è applicabile a' creditori particolari degli eredi.

Il Codice indubitatamente concede loro eziandio in tali congiunture alcuni diritti.

Laonde possono, sia esercitare l'azione di divisione da parte del coerede loro debitore (art. 4166, 2205 — 4119, 2106); sia intervenire nella divisione giudiziale o amichevole, e formare all'uopo opposizione per non procedersi fuori la loro presenza; sia finalmente impugnare, se vi sia luogo, la seguita divisione (art. 865, 882, 4167 — 784, 802, 4120).

Son questi altresì da parte loro provvedimenti che il proprio interesse spiega e legittima.

Ma nè la legge nè la ragione permettono loro imporre la necessità di una giudiziale divisione agli eredi di accordo per evitarne il dispendio, quando altronde, come supponiamo, gli eredi non sieno renitenti a procedervi e non si neghino ad ammettervi i loro eredi (confr. arresto C. cass. 30 genn. 4843, Guisbreeht, Dev., 1843, I, 419, decis. C. di Poitiers 10 giugno 1851, Lebrun, Dev., 4851, II, 609; Aubry e Rau sopra Zachariae, t. V, p. 248; Massé e Vergé, t. II, p. 363).

605. — Torna ineluttabile la donna maritata potere, con l'autorizzazione del marito o del giudice, procedere all'amichevole divisione.

Imperocchè da un lato l'art. 818 riconosce in lei la facoltà di procedere alla divisione con tale autorizzazione; e nessuno articolo le impone la necessità delle forme giudiziali: in vero gli art. 819 o seg. non fanno menzione delle donne maritate;

D'altro lato è questa un'applicazione del principio generale in conformità di cui la donna maritata è incapace, non pel sesso, ma per la potestà maritale cui va sommessi: or precisamente la incapacità emergente dalla potestà maritale viene rimessa mercè l'autorizzazione del marito o del giudice (ved. il

nostro *Trattato del matrimonio*, ec., t. II, n. 413 e seg.)

606. — Nulladimeno è controversa questione quella se tal dottrina sia parimente applicabile alla donna maritata sotto la regola dotale, circa la divisione de' suoi beni dotali.

Per sostenere in questo caso la divisione doverseguire giudizialmente argumentasi nel seguente modo:

Dagli art. 4551 e 4558 — 4367 e 4371 emerge i beni dotali essero inalienabili per regola generale, e quado, eccezionalmente, possono venire alienati, poterlo essere con autorizzazione del giudice ed osservanza di talune formalità;

Or la divisione è un' alienazione;

Dunquo la divisione de' beni dotali può seguire solo con autorizzazione e giudizialmente.

2.° La prova ne discende eziandio positivamente dalla disposizione dell' art. 4558, il quale richiede l' autorizzazione e la osservanza delle formalità giudiziali per la vendita allo incanto dello immobile dotale indiviso con persone terze e riconosciuto indivisibile; quindi a fortiori tale autorizzazione e tali formalità debbono richiedersi per la divisione in natura. « In vero insegnano due dotti autori, la vendita allo incanto è un modo di divisione il quale offre, po'condiventi, eventi di lesione minori di quelli della divisione in natura; e siccome lo impiego del prezzo è obbligatorio per l'aggiudicatario, così la vendita allo incanto offre pure maggior sicurezza. Dunque come mai comprendere lo intervento del giudice essere obbligatorio nel solo caso in cui sia meno necessario? » (Pont e Rodière, *del Contr. di matr.*, t. II, n. 569; Tessier, *della Dote*, t. I, p. 442; Seriziat, *della Regola dotale*, p. 244; Belosi-Jolimont sopra Chabot, art. 819, *Osserv.* 2; Bioche, *Diz. di proc.*, v. *Divisione*, n. 55; Dutruc, n. 26).

Cotesto sistema non è stato accolto dalla giurisprudenza, e, a parer nostro, con somma ragione:

1° Potremmo osservare la nostra dimostrazione trovarsi già fatta: in vero abbiamo dimostrato gli articoli del Codice Napoleone e del Codice di procedura, i quali stabiliscono limitativamente, riguardo a talune persone, la necessità della divisione giudiziale, non fanno menzione delle donne maritate (*supra* n. 605);

Or il silenzio della legge è lo stesso per tutte le donne maritate, qualunque sia il si-

stema del loro connubio, comunione o regola dotale;

Dunque l' argomento è decisivo sì per le une che per le altre: dunque tutte le donne maritate indistintamente possono procedere all' amichevole divisione.

Abbiamo già parimente risposto (*supra*, n. 584) alla obbiezione fatta avverso l' applicazione alla regola dotale fermata con l' art. 818, affermando che, nel tempo in cui quello articolo venne sancito, gli autori del Codice ebbero in mira di non ammettere la regola dotale: soggiugniamo il Codice di procedura stesso, posteriore allo stabilimento della regola dotale nel Codice Napoleone, essere sommamente unisono a questo Codice, relativamente a' casi determinati in cui la divisione giudiziale è obbligatoria, o quindi vie maggiormente confermarne le disposizioni.

2° I propugnatori della opposta opinione, i quali non vogliono accettare la discussione nel *Titolo delle successioni*, in cui torna di fatti per loro impossibile! ricorrono al *Titolo del contratto di matrimonio*; ed egino invocano la disposizione dell' art. 1358 — 1371, il quale richiede l' autorizzazione e la osservanza delle formalità giudiziali per la vendita allo incanto dello immobile dotale indiviso riconosciuto indivisibile.

Ma questo medesimo argomento si ritorce avverso i propugnatori di quella opinione nel più concludente modo! Come! l' art. 4558 richiede la osservanza di queste formalità sol quando lo immobile venga riconosciuto indivisibile e trattisi di esporlo allo incanto, di venderlo; o precisamente in forza di questo articolo si sostiene richiedersi parimente coteste formalità, quando lo immobile sia divisibile e trattisi semplicemente dividerlo! ma è disconoscere lo stesso senso letterale della legge e la più evidente volontà del legislatore! in vero non è manifesto che se la legge avesse voluto richiedere la osservanza di questa formalità per la divisione in natura del pari che per la vendita allo incanto, non avrebbe dichiarato esser mestieri che lo immobile fosse indivisibile! altronde agevole è spiegare cotesta differenza tra la divisione in natura e la vendita allo incanto; e ad onta dell' argomento a fortiori, che si è preteso desumere dalla vendita allo incanto alla divisione, affermando la vendita allo incanto esser meno pericolosa, ben si comprende il legislatore avervi per contrario richiesto maggiori garanzie; dappochè la vendita allo in-

crato, sommamente diversa in questo capital punto, dalla divisione, sostituisce valori in contante alla stessa cosa in natura.

3. Dunque sì nel Titolo del contratto di matrimonio che nel Titolo delle successioni non rinviensi alcuno articolo il quale sottoponga la donna maritata alla necessità della osservanza dello forme giudiziali per la divisione de' suoi beni dotali.

E se persistasi ad invocare nondimeno l'art. 454—1367 ed il divieto di alienare da esso fermato, per desumerne vietare altresì, per lo stesso motivo, di dividere, necessaria conseguenza ne sarà nè il marito, nè la moglie, nè entrambi congiuntamente, poter dividere i beni dotali, ovvero, in altri termini, i beni dotali essere indivisibili durante il matrimonio come sono inalienabili; dappoichè, non essendosi apportata veruna eccezione, per la divisione, alla regola della inalienabilità, ritarrà fatalmente sottoposta allo assoluto impero della regola medesima, se sia ben fondato lo andarvi compresal (art. 4560—1373).

Ma ciò torna affatto impossibile!

E quale ne è mai la conseguenza!

Sì è il nostro Codice non aver considerato il divieto di alienare il fondo dotale comprendere il divieto di dividerlo, e quindi la divisione effettivamente non andar compresa nel divieto di alienare stabilito con l'art. 454.

Molti autori spiegano ciò, affermando per dritto francese dividere non essere effettivamente alienare. Ma cotesto motivo non ci pare soddisfacente; dappoichè la divisione, ancora oggidì, come noi stessi dicemmo, partecipa dell'alienazione (supra, n. 549); e fure, sotto questo rapporto, sarebbe stato più logico ed unisono eziandio alle regole costitutive del sistema dotale il sottoporre a taluna formalità giudiziali la divisione dei beni dotali. Se il legislatore non ha praticato ciò, bragione si è indubitabilmente, come osservamamente, esserne stato impedito dal timore di moltiplicare oltremodo la necessità delle divisioni giudiziali, la quale sarebbe di fatto a ogni istante rinnovellata ne' paesi in cui è invalsa la regola dotale, necessità tanto più spiacevole, in tali specie di situazioni in quanto che la indefinita durata dei matrimonii on lascia alle famiglie la speranza di aspettare, come in caso di minore età, la cessazione dell'ostacolo all'amichevole divisione (Infra, n. 608).

4° Finalmente osserveremo la dottrina da noi professata on offrire in ultima analisi

per la dote pericoli tanto gravi quanto dapprima potevasi credere; dappoichè da un lato l'amichevole divisione sarà valida sul quando si sarà fatta di buona fede e senza frode della dote; e d'altro lato, a prescindere eziandio da ogni frode, converrà che l'atto seguito costituisca effettivamente una divisione, e non semplicemente una vendita de' beni dotali della moglie; dappoichè so l'art. 4558 inibisce la vendita amichevole, quando lo immobile dotale sia indivisibile, a fortiori la vieta, quando lo immobile sia divisibile (confr. decis. C. di Bordò 11 feb. 1836, Rebezol, Dev., 4836, II, 323, di Pau 26 marzo 1836, Laforgue, Dev., 4836, II, 431; arresto C. cass. 29 genn. 1838, Croze, Dev., 4838, I, 751; decis. C. di Caen 9 marzo 1839, Roland-Roger, Dev., 4839, II, 351; di Rouen 23 giugno 1843, Thépin, Dev., 4843, II, 487; di Limoges 9 mag. 1843, Bussière, Dev., 1844, II, 64; di Grenoble 18 gen. 1849, Angelier, Dev., 1852, II, 14; Duranton, t. VII, n. 127, il quale prende a seguire tale opinione dopo avere insegnato l'opposto positivamente; Dupont-Lavillette, Quist, di Dir., t. V, n. 640; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 243; Trolong, del Contr. di matr., t. IV, n. 3142 3143; D. Rac. alfab., v. Contr. di matrim., n. 3171).

607. — La Corte di Parigi giudicò che, nel caso in cui il marito sia interdetto, la moglie può procedere solo giudizialmente alla divisione della eredità a lei spettata, quando i coniugi sieno maritati sotto un sistema matrimoniale il quale conferisca al marito un diritto di godimento su' beni della moglie:

« Considerando che il marito non figura soltanto nelle operazioni di conteggio, liquidazione e divisione di cui trattasi, in qualità di assistente la moglie, ma eziandio come parte interessata relativamente a' frutti e rendite de' beni della eredità compresi nella comunione, di cui è sempre capo, comunque interdetto; conferma la sentenza emessa (la quale aveva autorizzato la Beaugrand, tutrice di suo marito interdetto, a procedere, ma giudizialmente soltanto, alla divisione della eredità del padro, che ella aveva dimandato fare amichevolmente con sua madre). » (Decis. 12 ott. 1836, Beaugrand, Dev., 1837, II, 91).

Dalloz ha confutato cotesta decisione, pel motivo che « quante volte la moglie stia in giudizio o contratti, la comunione acquista frutti o ne perde; e nondimeno, per valida-

mente agire in tutti questi casi, è bastevole alla moglie l'autorizzazione del giudice. » (D. 4837, II, 443; agg. Dutruc, n. 22).

Ma cotesto motivo non è decisivo, dappoichè se è vero che la moglie può alienare con autorizzazione del giudice, mancando l'autorizzazione del marito, è uopo non dimenticare poter così alienare soltanto la nuda proprietà, e l'autorizzazione del giudice non potrebbe renderla capace di disporre del godimento cui il marito ha diritto su' beni di lei, sia come capo della comunione, sia in nome proprio, in forza delle matrimoniali convenzioni (confr. art. 1413, 4424, 4126, 4335 — 4397, 4368): laonde Demanto insegna « che ne' casi in cui il marito ha diritto di godere de' beni per conto della comunione o per conto proprio, l'autorizzazione renderebbe capace la moglie di procedere alla divisione per la sola nuda proprietà. » (Ved. eziandio art. 818).

608. — Abbiamo esposto i casi dalla legge determinati, in cui la divisione debbesi fare giudizialmente, e fuori i quali puossi fare amichevolmente.

Al certo l'amichevole divisione è in generale molto da anteporre all'altra, molto più celere, meno dispendiosa, ed eziandio molto più giudiziosa! avvegnachè non va essa come la divisione giudiziale, sottoposta alla regola doversi le quote estrarre a sorte; e può per contrario procedere con discernimento, mercè attribuzione, per comprendero nella quota di ciascuno de' coeredi que' beni che gli convengono.

Laonde spessissimo in pratica, anche quando fra gli eredi trovinsi minori o interdetti, si suole cercar di ovviare alla necessità della divisione giudiziale.

Or possonsi adoperare all'obbietto, e di frequente si adoperano tre specie di mezzi;

1. Puossi attendere il termine, la cessazione dell'ostacolo attualmente esistente all'amichevole divisione, val dire la maggiore età dei minori, segnatamente quando non sia remota, lo sperato ritorno dell'assente, ec.

Indubitabilmente non vi è cosa di meglio, quando le parti sieno di accordo, e lo stato o la natura de' beni e le altre circostanze del fatto permettano differire la divisione definitiva tanto più che puossi procedere nello intervallo ad una provvisoria divisione, val dire ad una divisione di godimento (ved. nondimeno Mollot, *Delle liquid. giudiz.*, n. 31).

II. I coeredi capaci possono rendersi ga-

ranti gli uni verso gli altri, procedendo amichevolmente alla definitiva divisione, da ratificarsi dall'erede incapace, dopo cessata la sua incapacità, o da' suoi successori dopo la morte sua.

Il padre legale amministratore de' beni del figliuolo, ovvero il tutore, può pure assumere siffatta obbligazione verso i coeredi del minore.

Finalmente talvolta tutti i coeredi capaci, ed eziandio il rappresentante dello incapace, rendonsi garanti verso un terzo, cui i beni vendonsi amichevolmente.

III. Evvi altresì un terzo ed ultimo mezzo, il quale offre il sommo vantaggio di non lasciare alla divisione un carattere d'instabilità, ma renderla definitiva come se tutte le parti fossero capaci: intendiamo parlare della transazione.

In vero puossi, quando minori o interdetti sieno interessati nella divisione, procedervi in forma di transazione, osservando però le condizioni imposte, per tale specie di atto, con l'art. 467 — 390: questo mezzo viene spesso adoperato, per ovviare alle cieche determinazioni dello evento per estrazione a sorte, e quando lo interesse di tutte le parti richiegga una divisione per via di attribuzione.

La giurisprudenza e la dottrina sembrano in generale ammettere cotesto modo di procedere, il quale molto vassi accreditando in pratica (confr. arresto C. cass. 30 ag. 1815, Vandrevil, Sirey, 48 15. I, 404; Chabot, art. 831, n. 4; Toullier, t. II, n. 428 e Duvergier, nota I; Poujol, art. 833, n. 2; Malpel, num. 259; Demante, t. II, n. 168 bis, Zacharias, Aubry e Rau, t. I, pag. 407 e t. V, p. 262; Massé e Vergé, t. II, p. 362; Mollot, *Delle liquid. giudiz.*, n. 74).

E per massima sembra effettivamente insonno alla logica ed alla ragione che quando vengano osservate, nello interesse del minore, quelle condizioni rappresentanti l' maggior parte, se lice così esprimersi, ed il *maximum* delle garentie, che la legge posa concedergli, l'atto così seguito in nome suo, debbe esser valido, anche quando l'atto medesimo non fosse precisamente quello per cui le formalità osservate richiedevansi; e che conseguentemente la divisione seguita con le formalità della transazione, anche quando non fosse una transazione, debbe essere valida e definitiva.

Non pertanto cotesto ragionamento non ci

pare inoppugnabile: di fatti la legge ha distinto, nell'amministrazione della tutela, varie specie di atti; ed ha sottoposto gli uni e gli altri, per la loro diversa natura, a determinato ordine di formalità speciali a ciascuno di essi; quindi ha richiesto talune condizioni per la divisione e talune altre per la transazione: or è mai lecito sovvertire la sua nomenclatura e le sue classificazioni, e trasferire nella classe dello transazioni una operazione la quale effettivamente sia una divisione? possono, a parer nostro, seriamente dubitare; ed in simil caso gravissimo è il dubbio; dappoiché lascia la divisione che si è voluto fare stabile e definitiva sottoposta alla minaccia di un'azione di annullità o rescissione.

Laonde avvisiamo che, per potere tali specie di transazioni-divisioni offrire ogni sicurezza, faccia mestieri effettivamente esservi materia a transazione, val dire che faccia mestieri tal modo di procedere aver per obbietto di por termine ad una contesa già sorta o evitarne qualcuna da sorgere (articolo 2044 — 1916); ed allora ci sembra indubitato potersi comprendere nella transazione tutte le operazioni della divisione, per guisa da imprimerne loro altresì il carattere e la irrevocabilità: precisamente in questo senso sembra essersi emessa decisione e dalla Corte di Caen (prima cam., 24 agosto 1856, Labbey de La Roque).

N. II.

*In qual forma può farsi la divisione amichevole? —
E quali sono le forme della divisione giudiziale?*

SOMMARIO.

608. — Divisione.

609. — Dobbiamo successivamente distinguere:

- A. Le forme della divisione amichevole;
- B. Le forme della divisione giudiziale.

A. Delle forme della divisione amichevole.

SOMMARIO.

610. — Quando le parti sieno di età maggiore e possano liberamente disporre dei propri diritti, possono procedere alla divisione nella forma e con quello atto che s'immo opportuno.

611. — Della libertà loro concessa circa la forma della divisione. — Rimando.

612. — Della libertà loro concessa riguardo all'atto, val

dire riguardo alla operazione, mercè di cui possono far cessare tre cose la indivisione.

613. — Continuazione. — La divisione può forse seguire sotto condizione risolutiva?

614. — Quid, se le parti abbiano patteggiato una garanzia reciproca per le perdite fortuite sopraggiunte posteriormente alla divisione?

615. — Le parti possono, se lo stimino conveniente, fare dapprima una parziale divisione.

616. — Similmente, in senso inverso, le parti possono procedere, con una sola e medesima operazione, alla divisione di due eredità indivise tra esse.

617. — La divisione può forse seguire soltanto fra taluni dei coeredi senza concorso degli altri?

618. — Continuazione.

619. — Delle spese della divisione.

640. — L'amichevole divisione dovendo seguire fra parti di età maggiore e che possano liberamente disporre de' loro diritti, è mestieri applicarvi il sommo principio della libertà delle convenzioni.

Dunque può farsi, dichiara l'art. 819—738, in quella forma ed atto che le parti interessate crederanno conveniente.

Soggiungiamo comporla essa tutte le specie di convenzioni, modalità o condizioni, che le parti vogliano inserirvi (V. nondimeno infra, n. 612 e seg.).

611. — Circa la forma primamente avvisiamo aver dimostrato la legge non richiederne alcuna specialmente; ed in vero l'art. 819 è all'obbietto molto esplicito.

Dunque la divisione può farsi, sia per atto autentico o in privata scrittura, sia verbalmente (Supra, n. 549-524).

612. — La stessa libertà compete alle parti relativamente all'atto, val dire alla operazione, mercè di cui intendono por termine alla indivisione.

Divisione, vendita all'incanto, cessione, vendita, permuta, transazione, esenzione donazione, tutte le convenzioni, tutte le combinazioni possono da esse adoperarsi (confr. art. 888, 889, 1408 — 808, 809).

Dovremo esaminare dappoi in qual modo le varie convenzioni che le parti avessero potuto fare all'obbietto dovranno riguardarsi relativamente all'azione per causa di lesione, allo effetto dichiarativo ed all'obbligo di garanzia emergente dalla divisione.

Ciò che dobbiamo semplicemente assodare qui si è la libertà loro competente di far cessare la indivisione con quella convenzione, che stimino conveniente adottare.

Osserviamo non pertanto, sin da ora, questa libertà non poter giungere sino a mutare

il carattere essenziale delle convenzioni, e se è vero che, nella disamina degli atti onde le parti abbiano fatto cessare la indivisione, debbasi avere massimo riguardo alla volontà loro e conseguentemente alla qualificazione da esse data a tali atti, è del pari indubitato in ultima analisi, secondo la propria natura di tali atti, esser mestieri valutarli e determinarne gli effetti (confr. Massé e Vergé sopra Zacharins, t. II, p. 365; Dutrie, n. 35 e seg.).

613. — Appunto per la ragione le parti non avere facoltà di mutare lo essenziale carattere degli atti si è potuto seriamente rinvocare in dubbio se la condizione risolutiva potesse stipularsi con atto di divisione, val dire se si potesse convenire risolversi la divisione per causa d' inadempimento delle condizioni; dappoichè, in conformità dell'art. 883—803, reputandosi i condividendi nulla aver ricevuto gli uni dagli altri, la essenziale causa della condizione risolutiva sembra mancar qui compiutamente (confr. decis. C. di Rouen 40 giugno 1844, Lefebvre, D., 1844, II, 210).

Non pertanto osserveremo (infra, su l'articolo 883) che la opposta dottrina è prevalsa, per applicazione del principio lo parti poter liberamente inserire, nella lor convenzione di divisione, quello condizioni che stimino convenienti; che è ben vero esser mestieri che tali condizioni non sieno contrarie alla stessa essenza della divisione; ma che « la clausola di risoluzione è non un'offesa al carattere della divisione, ma semplicemente il determinazione del caso e delle condizioni onde si reputerà esistere fra le parti. » (Arresto C. cass. 6 genn. 1846, Lefebvre, Dev., 1846, I, 120).

614. — Con l'atto di divisione di beni siti su' lidi del mare le parti avevano stipulato la seguente condizione:

« Le dette quote rimangono garanti le une delle altre pe' danneggiamenti che vi si potessero cagionare dal mare; e se, per effetto del mare, avvenisse totale o parziale distruzione, allora dovrebbero procedere a novelle quote eguali degli oggetti che continuassero ad esistere... »

Avvenne il caso preveduto, ed anzi più di un trentennio dopo la divisione.

Questionavasi se tal condizione di garanzia scambievole, pe' danni o le distruzioni, la cui causa fortuita fosse posteriore alla divisione, avesse potuto validamente stipularsi, e quale ne fosse l'effetto.

È agevole scorgere la estrema gravità di

stipulazione e le notevoli conseguenze che possono discenderne, sotto il duplice punto di veduta dell'interesse privato e dello interesse pubblico: in vero la divisione perd così ogni carattere definitivo: ciascuno de' condividendi non può più irrevocabilmente poggiare su' beni componenti la sua quota, la cui proprietà è indefinitamente incerta presso di lui: conseguentemente i diritti medesimi che avrebbe potuto trasmettere rimangono sottoposti alla perpetua minaccia di una risoluzione, altrettanti ostacoli non solo alla libera trasmissione, ma eziandio al miglioramento ed alla buona coltivazione de' beni.

La Corte di Caen, chiamata a determinare il carattere e gli effetti di questa clausola, di visò costituire una eventuale convenzione d'indivisione, la quale andava sottoposta alle disposizioni dell'art. 815, e conseguentemente non essere obbligatoria oltre il quinquennio a computare dal dì dell'atto di divisione.

« Considerando che la clausola la quale permette procedere a novelle quote, in caso di totale o parziale annientamento de' beni divisi, ha per effetto di rendere incerta e condizionale, presso i condividendi, e durante un tempo indeterminato, la proprietà della quota loro spettata; che esso ripristina la indivisione, se avvenga il caso preveduto, e quindi le torna applicabile l'art. 815 — 734, il quale vieta tanto la indivisione eventuale illimitata quanto la indivisione assoluta; che, in conformità di questo articolo, la convenzione di indivisione è obbligatoria solo pel corso di un quinquennio; che ne risulta nel 1853 non essersi potuto invocare la clausola di cui trattasi per far procedere a novelle quote; ma che non conseguita menomamente esser nulle le quote fra' terzi eredi della Enouf, che per contrario debbono eseguirsi in tutte le loro disposizioni, eccetto quella la quale permetteva far procedere a novelle quote in caso di totale o parziale annientamento di una di esse, la quale ha cessato di essere obbligatoria. » (Decis. 24 gennaio 1857, Bidoult, D. 1857, II, 90).

Con quella decisione, come ben si ravvisa, la clausola di cui trattasi viene distinta dalla stessa divisione, e dichiara la divisione essere stata immediatamente definitiva, dichiarando simultaneamente questa clausola essere stata obbligatoria solo per un quinquennio.

Distinzione di tal genere fu pure fatta dalla Corte di Nancy in una specie la quale ha somma analogia con quella in esame: erasi pat-

tegiato con l'atto di divisione che se venissero ulteriormente scoperte miniere no' beni divisi, l'uso di esse sarebbe comuo a tutti i condividenti, salvo indonnizzamento al proprietario del suolo; e la corte di Nanci, statuendo esser nulla tal clausola, sembra statuire contemporaneamente la stessa divisione esser sempre valida (Decis. 12 marzo 1816, Colnot, *G. del P.*, t. II, 4816, p. 809).

Di fatti è questa la quistione in disamina! o le due clausole simigliansi, salvo la differenza, la quale non è di veruna importanza circa il merito del diritto; che, nella specie della decisione della corte di Caen, la clausola aveva per scopo di mantenere la indivisione relativamente alle perdite future; mentre, nella specie della decisione della corte di Nanci, la indivisione mantenevasi relativamente a' futuri vantaggi.

E lo stesso parallelismo dimostra sempre più la gravanza di queste specie di stipulazioni, se venissero ammesse!

Ma a nostro disonore si è non doversi ammettere; e noi neppure crediamo potersi, dichiarando valida e definitiva la divisione, dichiarare semplicemente tal clausola obbligatoria per un quinquennio, come praticò la corte di Caen, oppure dichiararla nulla, come praticò la corte di Nanci. A parer nostro conviene attenersi alla intera divisione; e ci sembra, ben disaminando il suo carattere, ravvisarsi tal divisione non essere compiuta nè definitiva, non facendo cessare in vero compiutamente nè definitivamente la indivisione.

La divisione, per essere compiuta e definitiva, debbe far cessare la indivisione compiutamente e definitivamente fra' coeredi; e non vi è vera e definitiva divisione, qualora la indivisione continui a sussistere, in qualunque modo e sopra qualsiasi punto (articolo 883 — 803).

Or da un lato in diritto la indivisione non è altro che la comunanza degli eventi, in cui più persone rinvengonsi circa gli stessi beni: d'altro lato in fatto la convenzione in esame ha lasciato sussistere fra' condividenti tal comunanza degli eventi, sopra un determinato punto, relativamente ad una determinata causa.

Dunque su tal punto, e circa questa causa, la indivisione non è effettivamente cessata tra essi: dunque la divisione medesima non è compiuta nè definitiva.

Quale debbe esserne la conseguenza?

Debbe essere, a' creder nostro, ciascuno

de' coeredi aver diritto, in conformità dell'articolo 815 — 734, di demandare una novella divisione, la quale faccia cessare compiutamente e definitivamente la indivisione su tutti i punti.

Tutto ciò che potrebbe offerrare si è quest'azione, per ottenere una definitiva divisione, potersi estinguere mercè la prescrizione trentennale, per applicazione della dottrina da noi testè esposta, ed in conformità di cui i coeredi i quali abbiano goduto separatamente, *pro suo*, di una parte della eredità, possono, dopo trascorso il trentennio, far rigettare l'azion di divisione (*supra*, n. 517; Dalloz, *loc. supra*, nota 4-2).

615. — Altronde i coeredi possono liberamente fare una parziale divisione, val dire dividere taluni beni soltanto, rimanendo nella indivisione pel resto: quindi spesso la divisione de' mobili ha luogo prima di quella de' immobili, o taluni immobili divisibili in natura vengono effettivamente divisi prima della vendita allo incauto degli altri, i quali sieno indivisibili.

E la divisione, fatta in tal modo, debbesi considerare definitiva, e per riguardo a' terzi, e per esempio, riguardo a' creditori particolari degli eredi, negli stessi casi in cui la totale divisione andrebbe considerata come tale, val dire se non siasi fatta in pregiudizio di una opposizione da essi formati, ed altronde non sia affetta da simulazione (art. 882—802; decis. C. di Bordò 16 ag. 1827, de Bethmann, D., 1833, II, 457; di Parigi 4 febr. 1827, Bureau, Dev., 1838, II, 424; di Parigi 3 lug. 1848, Combarèl de Leyval, Dev., 1858, II, 395; arresto C. cass. 3 dic. 1851, Thyna, D. 1852, I, 10; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 442; Zacharine, Massé e Vergé, t. II, p. 364, Dutruc, n. 47.)

616. — Similmente, in senso inverso, i coeredi possono convenire formarsi una sola massa di due eredità, indivise tra loro, ad oggetto di dividerla con una sola e medesima operazione; quindi spesso i figliuoli procedono con un solo atto alla divisione delle eredità, paterna e materna.

Ed in questo caso altresì la doppia divisione, o piuttosto l'unica divisione di tali due masse confuse in una sola, debbesi considerare definitiva, eziandio rispetto a' terzi, se non sia altronde suscettiva d'impugnarsi per altra causa; e, per esempio, il creditore di uno de' condividenti, il quale aveva una ipoteca su la porzione indivisa del debitore ne-

gl'immobili di una delle due eredità, non può impugnare tal divisione, anche quando la quota del debitore si fosse composta esclusivamente di beni provenienti dall'altra eredità (confr. arresto C. cass. 12 gen. 1836, Laulainé, Dev., 1836, I, 201; dec. C. di Rouen 17 gen. 1849, Duperron, Dev., 1850, II, 23).

617. — Si è quistionato se la divisione possa farsi parzialmente, circa le persone, val dire se possa farsi da taluni de' coeredi soltanto tra essi, e senza concorso degli altri.

Anzi dobbiamo aggiungere essersi sostenuta l'affermativa; e precisamente nello stesso senso parecchi giudicati parrebbero aver sancito la dottrina della divisibilità del giudizio di divisione (confr. dec. C. di Tolosa 15 apr. 1831, Ludrix, Dev., 1831, II, 330; arresti C. cass. 22 giu. 1835, Blaigian, D. 1835, I, 431; 13 dic. 1848, Maillu, Dev., 1849, I, 23).

Ma la opposta dottrina ci sembra sola unisona a' veri principii ed al carattere essenziale della divisione:

Nessuno può disporre della cosa altrui, senza consenso del proprietario;

Or, nello stato d'indivisione, ciascuno dei condomini ha diritto in ciascuno de' beni componenti la massa;

Dunque la divisione di tali beni può aver luogo soltanto col concorso di tutti coloro che vi hanno diritto (confr. arresti C. cass. 18 lug. 1809, Dev. e Carr., Collez. nuova, 3, I, 96; 43 nov. 1833, Pnumier, D. 1834, I, 47; dec. C. di Bordò 44 gen. 1842, Narraux, D. 1842, II, 225; di Bastia 14 aprile 1856, Sambroni, D. 1857, II, 11; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 243, Massé e Vergé, t. II, p. 364; Fouët de Conflans, art. 816, n. 9; Dutrie, n. 295; Mollot, *Delle liquid. giudiz.*, n. 48).

618. — Ma quando l'atto siasi formato col concorso di tutti i coeredi, è forse uopo inoltre per potersi considerare come divisione che faccia cessare eziandio l'indivisione rispetto a tutti?

Per regolarità avvisiamo così; avvegnachè tal è precisamente il carattere della divisione: nondimeno riserviam la soluzione di tal quistione pel momento in cui disamineremo, sotto il rapporto degli effetti che debbano produrre, i varii atti onde tutti i coeredi o taluni di essi soltanto abbiano potuto far cessare la indivisione (confr. Zachariae, Massé o Vergé, t. II, p. 364; arresto C. cass. 2 apr. 1831, Béliard, D. 1851, I, 337).

619. — Relativamente a' le spese della divisione amichevole, le parti possono liberamente ripartirle tra esse, di comune accordo, nelle proporzioni che elleno stimano convenienti.

Se elleno nulla abbiano specialmente convenuto su tal punto le spese debbono sopportarsi da ciascuno de' coeredi in proporzione della sua quota ereditaria; dappoichè la regola nella subbietta materia si è le spese di divisione doversi prelevare su la massa divisibile; e ciascuno doverle sopportare, come giustizia comanda, proporzionalmente al vantaggio ritrattone.

B. Delle forme della divisione giudiziale.

SOMMARIO.

620. — Del carattere dell'azione di divisione.
621. — Continuazione. — L'azione di divisione è forse mista?
622. — È uopo forse distinguere oggidì l'azione *familiae exercitandae* dall'azione *communis dividenda*?
623. — L'azione di divisione non è personale al coerede; e può esercitarsi da altri, sia in nome suo, sia in nome loro.
624. — Continuazione.
625. — Continuazione.
626. — Della suggestione. — Del diritto di dimandare l'apposizione dei suggelli o formare opposizione alla rimozione dei suggelli apposti.
627. — I eredi particolari degli eredi possono forse, come i eredi della eredità, dimandare la suggestione?
628. — Come debbesi istituire la dimanda di divisione?
629. — Quale è mai il tribunale competente?
630. — Continuazione. — Divisione.
631. — A. Delle dimande fra eredi sino alla divisione locutivamente.
632. — Continuazione.
633. — Continuazione.
634. — B. Delle dimande istituite dai creditori del defunto prima della divisione.
635. — C. Delle dimande relative alla esecuzione delle disposizioni a causa di morte sino alla sentenza definitiva.
636. — Continuazione.
637. — L'art. 823 fissa il corso generale della procedura. — A quali casi è applicabile l'art. 823 medesimo?
638. — Continuazione. — Della nemina che puossi fare dal tribunale di sede giudice commissaria. — Quali sono le funzioni del giudice medesimo?
639. — Continuazione. — Dello invito delle parti avanti notaio.
640. — Quattro principali operazioni rimangono a farsi, sia per preparare, sia per compiere la divisione:
641. — I. Della stima dei beni.
642. — Come enucleare gli art. 466 ed 824?
643. — Continuazione.
644. — In che mai consiste la locuzione dei periti?
645. — Continuazione.
646. — In quali casi, da chi, e come i mobili debbono stimarsi?

647. — I beni debbono stimarsi secondo il loro attuale valore.
648. — Per regola generale ciascuno dei coeredi può dimandare la sua quota in natura dei mobili o degl' immobili; ed unicamente per eccezione i mobili, o segnatamente gl' immobili, deggionsi vendere.
649. — A. Della vendita dei mobili. — Del caso lo cui sieri creditori sequestranti o opposenti.
650. — B. Del caso in cui il maggior numero dei coeredi simili la vendita dei mobili necessaria per la estinzione dei debiti e poi ereditarij. — Di quale maggior numero si tratta?
651. — Per qual motivo il maggior numero può votare la vendita dei mobili?
652. — Continuazione.
653. — Nei due casi contemplati con l'art. 826 ciascuno dei coeredi ha forse diritto di dimandare la sua quota dei mobili in natura, e d'essere pagare la sua quota ne' debiti?
654. — Quali mobili deggionsi vendere in preferenza?
655. — B. Della vendita degl' immobili.
656. — Continuazione. — Il maggior numero non può allora imporre la legge al minor numero.
657. — In quali casi gl' immobili deggionsi considerare non suscettivi di divisione?
658. — Lo stabilimento di servitù a pro di uno dello quote a carico di altra quota è mezzo di rendere divisibili immobili che altrimenti non sarebbero.
659. — Potrebbeasi forse attribuire l'usufrutto ad una delle quote? — ovvero una rendita vitalizia?
660. — Della vendita allo incanto.
661. — II. Della liquidazione. — Le parti debbono inviarsi ad un notaio.
662. — In che mai consiste lo incarico del notaio?
663. — Quali sono gli elementi della liquidazione?
664. — Continuazione. — Delle collazioni. — Rimando.
665. — III. Della formazione e della ripartizione delle quote. — Osservazione generale.
666. — Dell' unico diritto hanno a questo subbietto.
667. — Divisione.
668. — A. Da chi deggionsi formar le quote?
669. — Continuazione.
670. — Continuazione.
671. — B. In qual modo deggionsi formar le quote?
672. — Continuazione. — Del diritto competuto a ciascuno dei coeredi di dimandare la quota sua in natura dei mobili ed immobili.
673. — I crediti van pure compresi nella formazione della quota. — In qual modo e con quale effetto? — Rimando.
674. — Debbeasi evitare, per quanto sia possibile, il frazionare i predi ed il dividere le coltivazioni.
675. — Del compensamento per pareggiare le quote.
676. — C. Quante quote deggionsi estrarre a sorte.
677. — Le quote deggionsi estrarre a sorte.
678. — Continuazione.
679. — Qualora i coeredi vengano chiamati a portarsi ineguali, non debbasì forse procedere alla divisione per via di attribuzione?
680. — Continuazione.
681. — Continuazione. — Se la divisione per via di attribuzione non è permessa, in qual modo debbeasi procedere per rendere possibile la estrazione a sorte?
682. — Continuazione.
683. — Continuazione.

684. — Continuazione.

685. — In qual modo debbesi procedere alla divisione: 1° nel caso contemplato con l'art. 753, quando la eredità trovata devoluta per metà a parenti della linea paterna, e per metà a parenti della linea materna; 2° nel caso contemplato con l'art. 748, quando la eredità sia devoluta per metà ai genitori, e per l'altra metà a fratelli e sorelle o discendenti da essi?

686. — La divisione per via di attribuzione torna impossibile o fortiori quando trattasi del solo particolare interesse di uno dei coeredi. — Esempi.

687. — Continuazione. — L'attribuzione di una cosa ad uno dei coeredi non potrebbeasi faro ordinare a titolo di danni-interessi?

688. — Continuazione. — Raccapitolazione.

689. — Quali è real lo effetto della inosservanza delle condizioni e delle formalità imposte per le divisioni giudiziali?

690. — Qual è mai lo effetto della osservanza di tali condizioni e formalità? Allora i testi dichiarano provvisoria la divisione. Quale è mai il senso giuridico di questa disposizione?

691. — Continuazione. — Divisione.

692. — A. Da quali parti possa dimandare la divisione definitiva?

693. — B. Quel coeredi, riguardo a cui la divisione è semplicemente provvisoria, sono forse tenuti, ad obbligo di dimandare la divisione definitiva, dimandare preventivamente la nullità o la rescissione, ed agire all' uopo, entro il decennio, in conformità dell'art. 1304?

694. — C. Quali sono mai gli effetti di tal divisione, definitiva rispetto agli uni e provvisoria rispetto agli altri?

695. — IV. Della esecuzione della divisione. — A quale fra i coeredi debbono consegnarsi i titoli?

696. — Continuazione.

697. — L'erede depositario dei titoli è tenuto somministrarli ai coeredi, quando ne venga richiesto.

698. — Dei titoli particolari ad una delle linee.

699. — Che mai denota il vocabolo *documenti adoperato nell'art. 842*? Ed a quali oggetti precisamente si applica?

700. — Continuazione. — Quali relativamente alle carte domestiche, alla corrispondenza del defunto, alle croci, alle armi di onore, ai ritratti di famiglia?

701. — Continuazione.

620. — Dimostriamo dapprima l'azione di divisione competere a ciascuno dei coeredi individualmente, e quindi costituire una di quelle azioni reciproche, *judicium duplex*, rispetto a cui Gaio affermava tornare pro e contrario il distinguere *quis actor intelligatur, quia par causa omnium videtur*: non pertanto soggiungeva essere attore *qui ad iudicium provocasset* (L. 2, ff., comm. divid.). e ciò ad evidenza torna sempre indubitato (ved. art. 967 C. pr. — 1043).

621. — Fa di mestieri annoverare inoltre l'azione di divisione fra quelle azioni *tam in rem quam in personam* di mista natura? (§ 20, Inst., de action.).

Non è questo il divisamento di Demante, il

quale vi scorge un'azione meramente reale, come la rivendicazione (t. III, num. 151 bis, I).

Nondimeno abbiamo già osservato che i nostri antichi autori consideravano miste le azioni competenti a persone aventi simultaneamente, circa lo stesso oggetto, un diritto di dominio ed un diritto di credito; e che con somma verosimiglianza era pur questo il significato dell'odierno legislatore conservato all'espressione azione mista adoperata nell'art. 59 C. pr. — 151 (ved. il nostro Trattato della distinzione de' beni, ec., t. I, n. 467).

Or l'azione di divisione racchiude precisamente questo duplice elemento: quindi Pothier insegnava esser dessa una di quelle denominate miste (del Contratto di società, I, appendice, n. 191).

Dunque cotesta dottrina ci parrebbe ancora oggi la meglio fondata, salvo però la osservanza delle regole speciali di competenza stabilite da' nostri Codici relativamente alla divisione della eredità (confr. arresto C. cass. 41 mag. 1807, Paysan-Lafosse, Sirey, 1807, I, 267; decis. C. di Parigi 22 novem. 1838, Longchamp, Dev., 1839, II, 210; Duranton, t. VII, n. 437, nota 1; Merlin, Rep., v. *Fendita all'incanto*, § 2, n. 2; Toullier, t. II, n. 413; Poucet, delle azioni, p. 188. Ducaurroy, Bonnier e Rostkling, t. II, n. 660).

622. — Pothier (*loc. supra cit.*), dopo avere rammentato la romana distinzione fra l'azione *familiae erciscundae*, per ottenere la divisione fra coeredi, e l'azione *communis dividundo*, per la divisione fra ogni altra specie di quasi-soci o condomini, soggiungeva già al tempo suo e queste due azioni nelle nostre usanze non diversificare menomamente l'una dall'altra.

Non pertanto si scorge tal distinzione venire in campo talvolta ancora nella dottrina ed eziandio in pratica (confr. Merlin, Rep., v. *Fendita all'incanto*, § 2, n. 2; Zachariae, Aubry e Rau, t. I, V, p. 214, agg. D. 1834, I, 17,).

Nondimeno i nostri codici non l'hanno ritenuta; e trattano, sotto unica denominazione, dell'azione di divisione.

Tuttavia il ben fondato si è rinvenirsi effettivamente alcune differenze tra l'azione di divisione di una universalità ereditaria e l'azione di divisione di oggetti singolari, segnatamente rispetto alla competenza (*infra*, n. 610 e s.).

Ma poche sono tali differenze; ed i punti comuni ad ambe le azioni, *communis utriusque iudicii*, son tali oggidì da spesso pressochè confondersi queste (confr. Cod., lib. III tit. XXXVIII).

623. — Altronde l'azione di divisione non era esclusivamente attribuita alla persona degli eredi; ed è manifesto potersi esercitare Sia da' loro eredi o successori (art. 781 782 — 698, 699);

Sia dal cessionario in proprio nome;

Sia da' creditori in nome dell'erede, loro debitore.

624. — Non pertanto, quando affermiam il cessionario di uno de' coeredi potere in proprio nome esercitare l'azione di divisione (ovvero difendersene), è forza intendere il cessionario di tutta o parte di una quota ereditaria.

Avverrebbe diversamente del cessionario di una porzione indivisa in alcuni oggetti determinati della eredità: di fatti costui potrebbe dimandare la divisione da parte ed in nome del cedente: in vero da un lato non può direttamente dimandare la divisione separata o parziale degli oggetti, di cui abbia acquistato una quota indivisa (articolo 2205 — 2106; conf. decis. C. di Pau 16 mag. 1831 Boissé, Dev., 1831, II, 308; arresto C. cass. 16 ag. 1833, Joly, Dev., 1833, I, 97); e dall'altro lato neppur può in proprio nome dimandare la divisione della universalità, non avendo acquistata alcuna parte.

Ma per contrario chi sia cessionario dell'intera ereditaria, nel dire de' diritti ereditari di uno de' coeredi, totalmente o parzialmente, può al certo esercitare, in proprio nome l'azione di divisione; e dappoichè tal cessione con sommo fondamento dichiarò la Corte di cassazione, produce surrogazione piena ed intera del compratore ne' diritti del venditore salvo però la facoltà per gli altri eredi di esercitare il retratto successorio (confr. *supra* n. 534; arresto C. cass. 27 gennaio 1857 Mesplès, D. 1857, I, 5; Pothier, delle Success., cap. V, art. II, § 2; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 211; Massé e Vergé, t. II, p. 358; Dutrieu, n. 214, 215).

625. — Torna incontrastabile il creditore particolari di ciascuno de' coeredi, o più generalmente di ciascuno di coloro cui compete l'azione di divisione, potere, in nome del debitore sperimentare tale azione (art. 788 1182, 1166, 2205 — 705, 1135, 1119 2106; confr. decis. C. di Aix 9 genn. 1832

Gonet, D. 4832, II, 457; arresti C. cass. 46 nov. 1836, Julia, Dev., 4836, I, 900; 2 apr. 1851; D. Beiliard, 4851, I, 97).

Ma i creditori della eredità, in questa qualità, non potrebbero per contrario, per mancanza d'interesse, dimandarne la divisione (confr. decis. C. di Poitiers 20 lug. 1824, Vallant, Sirey, 4025, II, 280; Zacharine, Aubry e Rau, t. V, p. 241; Bioche, v. *Divisione*, n. 47; Dutruc, n. 258).

626. — Nostro intendimento non è lo esporre qui minutamente le varie formalità costituenti la procedura della divisione giudiziale: coteste formalità, nella maggior parte stabilite dal Codice di procedura, tornano estranee al nostro subbietto, al certo già amplissimo, per guisa da non poter aoi venire indotti ad invadere altro campo; dunque noi ci faremo ad accennar di volo tutto ciò che riguarda formalità per concentrare segnatamente la nostra esposizione al merito del diritto.

E, per esempio, dobbiamo ragionare innanzi tutto di un conservativo provvedimento, per cui ci basta tanto più rimetterci al Codice di procedura, in quanto che trovasi specialmente fermato dal Codice medesimo, e non annodasi neppure direttamente alla materia della divisione, dappoichè può aver luogo a prescindere da ogni divisione e ne precede anzi quasi sempre la dimanda.

Intendiamo favellare di tutto ciò che riguarda la suggestazione, la facoltà di dimandare l'apposizione de' suggelli e formarvi opposizione, e le condizioni e formalità della rimozione de' medesimi (Cod. pr. 907-940 — 984-1046).

L'art. 849 — 738 dispone:

« Se tutti gli eredi sono presenti ed in età maggiore, non è necessaria l'apposizione de' sigilli sopra gli effetti ereditari, e la divisione può farsi in quella forma ed atto che le parti interessate crederanno conveniente. »

« Se tutti gli eredi non sono presenti, se essi si trovano de' minori o de' interdetti, dovrà essere apposto il sigillo nel più breve termine, sì a richiesta de'li eredi, come ad istanza del regio procuratore presso il tribunale di prima istanza, ed anche ex officio del giudice di pace, nel cui circondario si è aperta la successione. »

Art. 820—739. « I creditori pure potranno richiedere l'apposizione de' sigilli in forza di un titolo esecutivo, e col permesso del giudice. »

Art. 821—740. « Quando si sono apposti i sigilli, è permesso a qualunque creditore di opporsi, ancorchè non abbia nè titolo esecutivo, nè permesso del giudice. »

« Le formalità per levare i sigilli, e per formare l'inventario, sono regolate dal medesimo titolo di procedura civile. »

L'apposizione de' suggelli è un provvedimento di precauzione utilissimo, per evitare le sottrazioni ed i dissipamenti in tali circostanze sommato a tenere (ved. il tomo II, n. 469).

È dessa, come ben si ravvisa, necessaria o facoltativa:

Necessaria, val dire imposta dalla legge, nello interesse degli eredi non presenti o incapaci; e, sotto questo rapporto, abbiamo già osservato l'art. 819, il quale dichiara assolutamente i suggelli doversi apporre, se vi si trovano minori, essersi modificato con l'art. 944 C. pr. — 988, in conformità del quale deggionsi apporre i suggelli sol quando il minore non abbia tutore (ved. il nostro *Trattato della minore età*, ec. t. I, a. 314); dalle quali cose conseguita del pari non doversi apporre, se il minore sia emancipato, avendo egli medesimo qualità per dimandarne l'apposizione (art. 940 C. pr. — 987); dunque debbe intendersi qui per minore privo di tutore quello che dovrebbe averlo, come suggeriente insegna Demante (t. III, num. 152, nota 2; ved. anche Duranton, t. VII, n. 134);

Facoltativa, val dire che il legislatore permette, sotto talune condizioni, a' creditori, sia il dimandare l'apposizione de' suggelli, sia il formare opposizione a' suggelli apposti.

Per quanto utile esser possa cotesto provvedimento, e comunque sembri essere semplicemente conservativo, conviene nulladimeno non mettere arrecare offesa al diritto degli eredi, ed avere per risultamento lo apporlo, in loro detrimento, indugio alle operazioni della liquidazione e della divisione. È questo il motivo per cui il legislatore ha diviso esser necessario permetterlo unicamente da parte di coloro i cui crediti venissero dimostrati in sufficiente modo.

Conseguentemente, ove trattasi dimandare l'apposizione de' suggelli, è mestieri che il creditore trovi munito di titolo esecutivo o autorizzato con permissione del presidente del tribunale o del giudice di pace (art. 821 C. Nap. e 909 C. pr. — 986).

Trattasi semplicemente di formarvi opposizione: siccome allora è questione di sempli-

co intervento in un provvedimento già seguito, così tutti i creditori, dichiara l'art. 821, vi sono autorizzati, ancorchè «forniti di titolo esecutivo o di permissione del giudice» (ved. art. 926, 927, 934 C. pr.—1003, 1004, 1008).

627. — È controversa quistione, la quale a noi pare in vero di proaccedere scioglimento quella se i creditori particolari degli eredi possano, come i creditori della eredità, e però sotto le condizioni determinate con l'art. 820, dimandare l'apposizione de' suggelli.

Per sostenere la negativa possono invocare, con molta efficacia, sia le tradizioni del nostro antico diritto, sia i novelli testi de' nostri Codici, sia da ultimo i principii generali:

4° Sembra indubitato che nella nostra antica giurisprudenza i creditori particolari degli eredi non venivano ammessi a dimandare l'apposizione de' suggelli (confr. Bourjon, *Diritti comm. della Francia*, t. II, tit. VIII, sez. III, p. 698; Ferrière, *Diz. di dir.*, v. *Suggello*, p. 569; Denizart, *cod. verb.*, n. 9).

2° I novelli testi vi hanno forse derogato? tutto l'opposto! In vero è manifesto il vocabolo *creditori*, adoperato senza aggiunta o spiegazione negli art. 820 — 821 C. Nap., nel titolo delle *Successioni*, e nell'art. 909, 2° comma C. pr., nel libro intitolato *Procedure relative all'apertura di una successione*, potersi applicare unicamente a' creditori della eredità; e la prova ne discende ancora dall'art. 934 C. pr.—1010, il quale si limita a permettere agli opposenti per la conservazione de' diritti del loro debitore, val dire a' creditori particolari degli eredi, il formare opposizione a' suggelli, ed il quale anzi nega loro il diritto conceduto con l'art. 932—1009 agli altri opposenti, eredi della eredità, di assistere alla prima vacazione dell'inventario e concorrere alla scelta di un mandatario comune per le susseguenti vacazioni.

3° Finalmente tal differenza tra' creditori della eredità ed i creditori particolari degli eredi, può giustificarsi da motivi gravi e sommaramente unisoni a' veri principii. Di fatti da un lato i creditori della eredità han perduto il loro debitore, quello sul quale avevano pignorato, ed il quale trovasi surrogato da uno o più debitori novelli ed ignoti: d'altro lato i beni di questo debitore, i quali vengono così trasmessi ad altri e per lo più frazionati, formano il loro pegno speciale; ed egli non hanno massimo interesse a vigilare alla loro conservazione. Sommaramente diversa è la posizione de' creditori particolari degli eredi: nulla tro-

vasi mutato per essi; tutto l'opposto! la posizione loro rinvienesi immangiata, andando a scendo il patrimonio del loro debitore. Dunque non evvi motivo di permetter loro dinanzi l'apposizione de' suggelli, val dire attribuir loro, relativamente a' mobili spettati al loro debitore, un diritto che non hanno circa mobili già a lui pertinenti. Ben si comprende che il solo timore una parte del novello pegno sfuggir loro non siasi stimato sufficiente conferir loro il diritto d'immischiarsi ne' i affari della famiglia, mercè di un provvedimento il quale colpirebbe, oltre il loro debitore, gli altri eredi loro estranei (confr. c. eis. C. di Douai 26 marzo 1824, Ratel, Sirey 1825, II, 53; di Caen 12 mag. 1845, Lechevier, Dev., 1845, II, 567; Favard, *Rep.*, *Suggelli*, § 1, n. 3; Chabot, art. 820, n. Thomine-Desmazures, *Della proced. civ.*, 1074; Billard, n. 41).

Cotesta illazione è, a parer nostro, ben fondata, nel senso sembrarci pure il vocabolo *creditori* adoperato ne' su riferiti articoli del Codice Napoleonico e del Codice di procedura riferirsi a' soli eredi della eredità; da quali cose quindi ragionevolmente si desun a' soli eredi della eredità g'li articoli medesimi direttamente conferire il diritto di dimandare l'apposizione de' suggelli. Dunque questo campo la su esposta dottrina loro rebbe, a parer nostro, inoppugnabile.

Ma non puossi forse rimuovere e trasferir in altro campo?

Noi erediamo di sì; e ci sembra malagevole il non ammettere ne' creditori particolari degli eredi il diritto di dimandare l'apposizione de' suggelli in nome e da parte dell'eredità loro debitore:

Per regola generale i creditori possono esercitare i diritti del loro debitore, tranne quelli esclusivamente attribuiti alla sua persona (art. 1166 — 1169); or non ci pare perverso considerare esclusivamente attribuiti alla persona dell'eredità debitore il diritto di dimandare l'apposizione de' suggelli (confr. art. 909 C. pr.)

È in specie gli art. 788 ed 882 — 705 e 802 permettono a' creditori particolari degli eredi opporsi per impedire procedersi alla divisione fuori la loro presenza, ed intervenire per la conservazione de' loro diritti: or ci vuole il fine vuole i mezzi; ed il mezzo, per il debitore, di vigilare alla conservazione de' valori della eredità, quando trattisi di mobili non è forse ad evidenza l'apposizione de' su

gelli? (Confr. arresto C. cass. 22 nov. 1838, de La Berthollière, Dev., 4838, 1, 764). Se le cose stanno così, se il creditore dell'erede può esercitare il diritto del debitore, nè anche evvi luogo ad ammettere il temperamento di Chabot (art. 820, n. 4), il quale pretenderebbe che in tal caso le spese dell'apposizione e della rimozione de' sigilli venissero poste interamente a carico dell'erede debitore (confr. decis. C. di Bourges 16 mag. 1842, Usquin, Dev., 1843, II, 436; Delvincourt, t. II, pag. 29, nota 6; Vazeille, art. 820, n. 3; Toullier, tom II, n. 414; Malpel, n. 237; Pujol, art. 820, n. 8; Pigeau, t. II, p. 582; Carré e Chauveau, quist. 3062; Taulier, t. III, pag. 278; Dutruc, n. 58).

628. — La dimanda di divisione debbasi istituire nella forma ordinaria (confr. decis. C. di Rouen 2 genn. 1844, Bénard, 1844, II, 146; Mollot, *Delle liquid. giudiz.*, n. 50; red. nondimeno eziandio decis. C. di Rouen 24 feb. 1837, Rayer, Dev., 1844, II, 417).

629. — Ma quale è mai il tribunale competente?

I principii all'uopo erano alquanto vacillanti nella nostra antica giurisprudenza.

Taluni, desumendo dall'azion di divisione la conseguenza della sua mista natura, dividevano potere sommersi, a scelta dell'attore, sia al giudice del domicilio del convenuto, sia a quello del luogo in cui sono siti i beni (confr. Merlin, *Rep.*, v. *Vendita allo incanto*, § 2, n. 2).

Altri ne attribuivano la cognizione al giudice del luogo in cui trovavansi siti nella maggior parte i beni ereditarij (confr. il nostro *Trattato del domicilio*, t. I, n. 348; Lebrun, lib. IV, cap. 1, n. 47; Roussille, *Inst. del diritto di legitt.*, t. IV, n. 564).

Finalmente a credere di altri l'azion di divisione doveva sempre sommersi al giudice del luogo in cui erasi aperta la successione (confr. Basnage, *Giurisdizione*, art. 5, t. I, p. 44; Ferrières, *Diz. di dir.*, v. *Quota ereditaria*, p. 290); e pur questa era l'usanza osservata in Fiandra (confr. Merlin, *Rep.*, v. *Casa mortuaria*, n. 1).

È agevole scegliere quanto questo ultimo modo di procedere debbasi anteporre agli altri, sia perchè ovvia alle notevoli difficoltà di più dimande sommesse a diversi tribunali per la stessa eredità: sia perchè, sommettendo tutte queste dimando ad un solo tribunale, ne attribuisce nel tempo stesso la cognizione a quel tribunale precisamente più in grado di

conoscerne rettamente e con celerità, avendo a sua disposizione tutti gli elementi necessari per sentenziare.

Quindi la nostra intermedia legislazione aveva stabilito tal competenza mercè legge del 26 ventoso anno IV, art. 3; e comunque quella legge fosse speciale al modo di procedere in conciliazione, pure la interpretazione l'aveva generalizzata sotto questo rapporto, ed estesa a tutte le materie contenziose.

Tal è pure la competenza fermata con lo art. 822 — 741 nella seguente guisa:

« L'azione per la divisione e le controversie che insorgessero nel corso delle operazioni sono sottoposte al tribunale del luogo ove si è aperta la successione.

« Davanti a questo tribunale si procede « agli incanti, e devono essere introdotte le « domande concernenti la garanzia delle porzioni fra' condicidenti, come pure quelle « dirette a rescindere la divisione. »

Gli art. 50, 3° comma, e 59, 6° comma C. pr. — 451 han pure esteso tal disposizione:

« ... Il reo sarà citato:

« ... In materia di successione: 1° Su le dimande fra' coeredi fino alla divisione inclusivamente; 2° su le dimande intentate da' creditori del defunto prima della divisione; 3° su le dimande relative alle disposizioni per causa di morte sino al giudizio definitivo, davanti il tribunale del luogo ove si è aperta la successione. »

Val dire che la successione trovasi così in certa guisa personificata, e costituisce un essere morale, considerato come convenuto in tutte le dimande ad essa relative; per modo che potrebbesi affermare, sotto questo punto di veduta, la competenza attribuita qui al giudice del luogo in cui si è aperta la successione, essere una semplice applicazione del comune diritto, in conformità di cui, in materia personale, il convenuto debbe essere citato avanti al tribunale del suo domicilio (articolo 59, 4° comma; art. 410 C. Nap. — 115; ed. il nostro tomo I, *Trattato del godimento e della privazione de' diritti civili; del domicilio*, n. 348; e le osservazioni del Tribunale su l'art. 50 C. pr., Loeré, t. XXI pag. 400, 401).

630. — Dai testi medesimi (artic. 822 C. Nap., 50 e 59 C. pr.), conseguita la competenza appartenere al tribunale del luogo in cui si è aperta la successione, per tre specie di dimande, cioè:

A. Per le dimande fra' eredi sino alla divisione inclusivamente;

B. Per le dimande instituite da ereditari del defunto prima della divisione;

C. Per le dimande relative alla esecuzione delle disposizioni a causa di morte sino alla sentenza definitiva.

631. — A. E dapprima, affermiamo, il tribunale del luogo dell'apertura della successione dover conoscere delle dimande fra eredi, val dire delle dimande formate da uno o più de' coeredi, in questa qualità, avverso i loro coeredi.

Or tali espressioni ad evidenza comprendono:

1° Le dimande relative a beni della eredità e più generalmente alle operazioni della divisione; come la vendita allo incanto (art. 822, 827, 839 — 841, 746, 758), le dimande di collazione o rendimento di conto formate contro uno de' coeredi, il quale avesse amministrato la cosa comune, ec. (confr. arresto C. cass. 4 luglio 1817, Guillot, Sirey, 4817, 1, 315);

2° Le dimande relative alla divisione propriamente detta;

3° E conseguentemente le dimande relative alla garanzia delle quote ed alla rescissione della divisione.

632. — Intorno a questo ultimo punto, lo art. 822 è positivo; ma si è preteso il Codice di procedura non essere in tal rincontro in armonia col Codice Napoleone: avvegnachè, con gli art. 50 e 59, attribuisce competenza al giudice del luogo dell'apertura della successione, su le dimande fra eredi, sino alla divisione inclusivamente; e Duranton, scorgendovi di fatti una contraddizione, ha suggerito distinguere la divisione giudiziale dalla convenzionale, ed applicare l'art. 822 C. Nap. alla prima e l'art. 59 C. pr. alla seconda (tomo VII, n. 136).

Ma cotesto divisamento del detto autore ci pare inaccettabile.

Non debbesi di leggieri presumere il Codice di procedura, il quale ha unicamente in mira l'attuazione del Codice Napoleone, derogare alle sue disposizioni, segnatamente quando i lavori preparatori, non disvelino in veruna guisa siffatto intendimento del legislatore.

Or non solo i compilatori del Codice di procedura non hanno appalesato similgiante intendimento: anzi! ben lungi dal restringere la competenza stabilita con l'art. 822, l'hanno per contrario generalizzata; e qui particolarmente il testo medesimo da essi formo-

lato, ed i suoi motivi assolutamente appoggiosi alla distinzione suggerita da Durante.

In vero da un lato la espressione sino a divisione inclusivamente, adoperata negli articoli 50 e 59 C. pr., ad evidenza dinota una divisione compiuta o definitiva: or l'azione di garanzia mira a dimostrare la divisione essere incompiuta; e l'azione di rescissione a mostrare non potersi reputare definitiva: di que tali due azioni, la cui causa è anteriore alla divisione, e le quali mirano a far rettificare o ricominciare, hanno effetti meramente per iscopo la divisione stessa della eredità;

D'altro lato è manifesto i motivi, i quali han fatto stabilire la competenza del tribunale del luogo dell'apertura della successione, a peggiorare in tutti i casi con egual vigore (confr. Chabot, art. 822, n. 4, 2; Vazeille, al titolo 822, num. 2; Zachariae, Aubry e Rube, t. V, p. 73; Massé e Vergé, t. II, pag. 2, Dutrieu, n. 396; Demante, t. II, n. 456 l. III; Ducaurroy, Bonnier e Rousset, tom. num. 659; D. Rac. alfab., v. Success., 1. mero 4665).

633. — Il tribunale del luogo dell'apertura della successione sarebbe forse più competente a conoscere della dimanda di divisione o vendita allo incanto di uno o più beni coeredi, nel dividere gli altri beni ereditati lasciati nella indivisione?

Crediamo doversi rispondere mercè la seguente distinzione:

O la seguita divisione è stata parziale, guisa i beni residui costituire ancora eredità indivisa parzialmente, da dividere coeredi; ed allora è competente il tribunale del luogo dell'apertura della successione.

O per contrario la seguita divisione è stata totale, nel senso avere compiutamente lasciato i diritti degli eredi su tutti i beni, qualunque uno o più de' beni medesimi si lasciati in comune; ed allora vi è stata, e si è detto, una specie di novazione nella qualità de' condomini; da coeredi sono diventati semplici condomini; e la speciale convenza, stabilita con l'articolo 822, non esiste più.

Cotesta distinzione, sommamente unanime al parer nostro, alla veracità de' fatti ed a' principii, venne sommessata alla corte di cassazione da Merlin, il quale la poggiava su due termini romani, estranei, a dir vero, alla competenza, ma in cui puossi nondimeno rinvenire germe (confr. L. 20, § 4, ff., famul. er

e L. 4, Cod. *famil. ercisc.*; *Rep. v. Vendita allo incanto*, § 2, n. 2).

Ed ora in quali casi la seguita divisione sarà stata soltanto parziale o per contrario totale?

È questa una quistione di fatto.

Non pertanto Ducaurroy, Bonnier e Roustaing sembrano richiedere in diritto che « la indivisione, in cui sieno rimasti taluni beni sia lo effetto di particolari convenzioni fra coeredi i quali, dopo aver diviso una parte della eredità, fossero rimasti in comunione pe' rimanenti beni con uno speciale scopo, per esempio per mantenere un opificio. » (T. II, num. 660).

In questo caso al certo tornerebbe manifesto l'azion di divisione de' beni rimasti indivisi non essere più di competenza del tribunale del luogo dell'apertura della successione.

Ma non crediamo doversi giungere sino a tal punto; e, a parer nostro, lo intendimento degli eredi, i quali non abbiano compreso nella divisione taluni beni della eredità, di possederli in avvenire in qualità di semplici condomini, puossi ravvisare a prescindere dalla circostanza addotta da' nostri dotti colleghi: all'uopo basta conoscersi effettivamente la indivisione, la quale continuò relativamente ad uno o più oggetti dopo la divisione, essere stata lo effetto non più della propria qualità di coeredi, ma della loro convenzione eziandio tacita. Laonde, qualora unicamente per omissione taluni beni non fossero stati compresi nella divisione, l'art. 822 tornerebbe applicabile alla divisione di tali beni (arg. dall'art. 887 — 807; confr. arresto C. cass. 11 mag. 1807. Paysan-Lafosse, Sirey, 1807, I, 267; decis. C. di Parigi 22 novem. 1834, Longehampt, Dev., 1839, II, 210; Chabot, art. 822, n. 3; Toullier, t. II, n. 414; Duranton, t. VII, n. 437; Demante, t. III, n. 154 bis, I; Dutruc, n. 342).

631. — B. Relativamente alle dimande instituite da creditori del defunto, prima della divisione, la competenza del tribunale del luogo in cui si è aperta la successione sembra osteggiare il principio il quale divide di pieno diritto i debiti fra g'li eredi, ed in conformità di cui conseguentemente i creditori potrebbero ciascuno adire il tribunale del proprio domicilio.

Ma si è posto mente tutti i titoli o le carte ereditarie, sino a quando non avesse avuto luogo la divisione, trovansi in generale nel domicilio del defunto; e precisamente ad ob-

bietto di offrire agli eredi maggiori mezzi ed agevolezze di difendersi venne stabilita siffatta competenza speciale (*Osservazioni del Tribunale sul progetto del Codice di proc.*; Locré, t. XXI, p. 400).

Faremo all'obbietto triplice osservazione:

1° Questa competenza si applica alle sole dimande instituite da creditori del defunto avverso gli eredi: dalle quali cose conseguita gli eredi i quali formassero dimanda avverso un terzo dover convenire il reo avanti al tribunale del suo domicilio (articolo 59, 1° comma).

2° Essa si applica alle dimande o azioni personali, le quali sole avrebbero potuto formarsi avanti al tribunale del domicilio del defunto, e le quali sole quindi possono, dopo di esso, formarsi avanti al tribunale dell'apertura della successione indivisa, il quale la rappresenta: il Tribunale dichiarò positivamente così (*loc. supra*): laonde le azioni reali rimangono sottoposte alle regole ordinarie della competenza; tali sono le azioni di rivendicazione o altre, instituite da terzi non eredi del defunto, ed eziandio le azioni instituite da creditori del defunto, quando abbiano un carattere di realtà determinante la competenza, come la procedura di spropriazione forzata o la dimanda di graduazione e distribuzione del prezzo degl'immobili ereditari. Tuttavia, su questo ultimo punto, non converrebbe forse statuire la stessa dimanda di graduazione essere di competenza del tribunale del luogo in cui si è aperta la successione, quando trattasi della distribuzione del prezzo di un immobile, la cui vendita allo incanto abbia avuto luogo avanti al tribunale medesimo? allora la procedura di graduazione non è forse effettivamente il compimento di quella vendita, e non forma con essa parte dello operazioni preparatorie della divisione? Comechè tal distinzione procaccia e controvertita, inclineremmo nondimeno, rispetto a noi, ad ammetterla (confr. arresto C. cass. 29 ott. 1807, Daguilard, Sirey 1808, I, 84, 18 apr. 1809, Monye, Sirey, 1809, I, 226; 21 lug. 1821, Bonthuier, D. 1822, I, 158; 5 genn. 1830, Beaumont, D. 1830, I, 82; decis. C. di Tolosa 8 febr. 1840, Cheverry, D. 1841, II, 48; Toullier, t. II, n. 414; Duranton, t. VII, n. 433; Chabot, art. 822, n. 4; Demante, t. III, n. 454 bis, IV; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 244-235; Bioche, v. *Divisione*, n. 77; Dutruc, n. 328).

3° Finalmente, eziandio riguardo alle azio-

ni personali istituibile da eredi del defunto, il tribunale del luogo dell'apertura della successione non è competente, qualora siavi un solo erede; dappoichè è competente soltanto sino alla divisione *inclusivamente*; la qual cosa suppone doversi fare una divisione e conseguentemente esservi più eredi. Dunque l'unico erede del defunto debbe venir citato avanti al tribunale del suo domicilio, senza esservi luogo a distinguere menomamente, sotto questo rapporto, l'erede beneficiato dall'erede puro e semplice (confr. arresti C. cass. 18 giugno 1807, Dillord, Sirey, 1807, I, 425; 20 apr. 1833, Perissé, Dev., 1836, I, 264; decis. C. di Bourges 2 maggio 1831, Normand, Dev., 1832, II, 272; di Orléans 11 nov. 1843, Herry, Dev., 1846, II, 187; Merlin, *Rep.*, v. *Erede*, sez. II, § 3, n. 5; Toullier, t. II, n. 414; Chabot, art. 822, n. 6; Vazeille, art. 822, n. 8; Boitard, *Proc. civ.*, t. I, p. 226; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 64; Dutruc, n. 323).

635. — C. Finalmente il tribunale del luogo dell'apertura della successione debbe conoscere delle domande relative alla esecuzione delle disposizioni a causa di morte sino alla sentenza definitiva.

Delle disposizioni per causa di morte, dichiara il testo (art. 59 C. pr.), il che le comprende tutte senza distinzione delle disposizioni universali dalle disposizioni a titolo particolare.

Qual motivo ha determinato il legislatore a stabilire per tal caso una speciale competenza?

Torna tanto più rilevante il conoscerlo in quanto che gravissime divergenze sono sorte intorno all'ampiezza ed ai limiti di siffatta competenza.

Or ciò che ci pare indubitato si è il legislatore aver considerato la esecuzione delle disposizioni a causa di morte necessitare un determinato, e, per così dire, una specie di divisione della eredità fra legatarii e gli eredi; e però, pel motivo stesso il tribunale del luogo dell'apertura della successione essere competente a conoscere delle domande di divisione fra coeredi, doverlo essere pure a conoscere delle domande di esecuzione delle disposizioni a causa di morte fra legatarii e gli eredi; la quale esecuzione, sotto taluni rapporti, equivale, fin gli uni e gli altri, a divisione de' beni ereditarii.

E ciò, a voler nostro, farà agevolmente comprendere il senso della espressione sino

alla sentenza definitiva, adoperato nell'art. 59 C. pr., intorno a cui agitasi ancora molte contese.

In vero alcuni avviano quella espressione essere sinonima delle altre *sino alla divisione definitiva*, o *sino alla sentenza di omologazione della divisione*; ovvero, in altri termini, avere esse il medesimo senso dell'espressione adoperata nel n. 4 dello stesso paragrafo dell'art. 59 *sino alla divisione inclusivamente*, e per dimostrare tornare impossibile lo applicare la espressione *sino alla sentenza definitiva*, alla sentenza determinante i diritti de' legatarii, si osserva quella espressione, così intesa addivenire priva di senso, dappoichè è manifesto la domanda dover precedere la sentenza.

E da ciò i propugnatori di cotesta opinione inferiscono:

1° Che, dopo la divisione fra gli eredi, le domande relative alla esecuzione delle disposizioni a causa di morte, non debbonsi più sottoporre al tribunale del luogo dell'apertura della successione:

2° Conseguentemente che non debbono sottoporvisi, quando siavi un solo erede e quindi non abbiasi a fare veruna divisione (confr. decis. C. di Orléans 49 febr. 1845, Herry, Dev., 1856, II, 487; Pigeau, della *Proc. civ.* t. I, p. 406; Boitard, t. I, n. 216; Bioche e Gouget, *Diz. di proc.*, v. *Trib. di prima istanza*, n. 94; Zachariae, Massé e Vergé, t. II, p. 235).

Ma cotesta interpretazione ci sembra parimente osteggiare il testo medesimo della legge ed i suoi motivi:

Dapprima il testo: avvegnachè la espressione *sino alla sentenza definitiva* non potrebbe ad evidenza, a voler nostro, dinotare la divisione definitiva: la legge si è espressa diversamente, quando ha voluto parlare della divisione fra gli eredi; e quando adopera la formula affatto diversa *sino alla sentenza definitiva*, torna manifesto non mirare più alla divisione, rispetto a cui è probabile non essersi emessa veruna sentenza: essa mira unicamente alla sentenza definitiva, la quale statuisca su le domande relative alla esecuzione delle disposizioni a causa di morte; e non costituisce controsenso il dichiarare tutte queste domande doversi sottoporre al tribunale del luogo dell'apertura della successione sino a quando non vi si statuisce definitivamente.

Relativamente a' motivi della legge, gli ab-

hiano già esposti; e non potrebbesi negare questa interpretazione altresì senza gravemente disconoscerli. Ciò che la legge ha considerato si è le domande relative alla esecuzione delle disposizioni a causa di morte potersi, sotto il rapporto di questa speciale competenza, assimilare a domande di divisione fra legatarii e gli eredi; or questo motivo sussiste sempre ed in tutti i casi indistintamente, in cui le domande medesime possono formarsi.

E di qui è forza desumere due conseguenze diametralmente opposte a quelle della prima interpretazione, cioè tali domande essere di competenza del tribunale del luogo dell'apertura della successione:

1° Anche quando la divisione si sia fatta tra gli eredi; dappoiché, relativamente a legatarii, la specie di divisione cui han diritto non reputasi fatta; e pongasi mente la divisione potersi fare con massima sollecitudine fra gli eredi, e prima che i legatarii avessero avuto il tempo di formarla la loro domanda;

2° Anche quando siavi un solo erede (confr. decis. C. di Torino 18 apr. 1810, Borsarelli, Sirey, 4810, II, 230; Devilleneuve, Osservazioni, 1844, II, 241; Rodière, Expos. ragionata delle leggi di proc., t. I, p. 418; Aubry e Rau sopra Zachariae, t. II, p. 63-64; Domante, tom. III, num. 454 bis, II; Dutrieu, n. 332).

636. — Altronde riflettasi in quali termini assoluti tal competenza trovasi attribuita al tribunale del luogo dell'apertura della successione:

« Su le domande relative alla esecuzione delle disposizioni a causa di morte. »

Dalle quali cose inferiamo esservi luogo ad eliminare altresì la duplice restrizione suggerita:

Da un lato si è sostenuto le domande formate dagli eredi contro i legatarii di nullità o revocazione del legato, ee. non essere di competenza del tribunale dell'apertura della successione (confr. Rodière, loc. supra cit.; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 235);

Prima restrizione osteggiante lo stesso senso letterale del testo ed il suo motivo (confr. decis. C. di Tolosa 12 genn. 1844, Viguier, Dev., 1844, II, 241);

D'altro lato si è sostenuto le domande relative alla esecuzione delle disposizioni a causa di morte essere di competenza del tribunale del luogo dell'apertura della successione solo quando avessero per oggetto non la stessa esistenza e la validità della disposizione, ma

unicamente l'ampiezza sua ed il modo della sua esecuzione;

Seconda restrizione dalla Corte di Tolosa, con la su riferita decisione, con sommo fondamento altresì proscritta per le stesse ragioni.

637. — Dopo aver determinato la competenza il legislatore prende a stabilire la correlativa procedura con l'art. 823 — 742 nel seguente modo:

« Se uno de'eredi riensi di acconsentire alla divisione, o se insorgono controversie sul modo d'intraprenderla, o di ultimarla, lo stesso tribunale pronunzia come nelle cause sommarie, ovvero, essendovi luogo, delega un giudice per le operazioni della divisione, e decide le contestazioni sopra la relazione del medesimo. »

Non è agevole scoprire il genuino senso di cotesto articolo nè determinarne lo specifico scopo cui il legislatore ha mirato scrivendolo: quindi spesso sono sorte quistioni in pratica, sia intorno alla competenza, sia intorno alla lassa delle spese.

Dall'art. 825 risulta forse che la stessa azione di divisione, del pari che tutti gl'incidenti i quali possano sorgere, debbansi considerare come materie sommarie nel senso dell'art. 405 C. pr. — 498, val dire come materie da giudicarsi in udienza, dopo trascorsi i termini della citazione, dietro semplice atto, senza altre procedure né formalità? Simigliante conclusione tornerrebbe ad evidenza inaccettabile: da un lato le materie ordinarie, come diota la stessa espressione, costituiscono il diritto comune; ed una materia può reputarsi sommaria sol quando lo stesso legislatore l'abbia dichiarata tale: or nessun testo, nè nel diritto antico, nè nel nuovo, ha mai annoverate le domande di divisione nella categoria delle materie sommarie: d'altro lato tal domanda non offre alcuno di quei caratteri di semplicità o modicità o urgenza costituenti gl'affari sommarii; anzi la pratica testifica per contrario quanto spesso tali specie di domande sieno importanti e complicate e richieggano atti d'istruzione e procedure (confr. Boncenne, Proc. civ., II, pag. 67).

Cotesti due argomenti potrebbero anzi menare a conclusione diametralmente opposta: ia vero potrebbesi sostenere che la stessa azione di divisione, del pari che tutti gl'incidenti i quali possano sorgere, debbansi considerare materie ordinarie, e conseguente-

menlo che debbansi instruire, giudicare e lasciare come tali; o, in questo ultimo sistema, spiegherebbersi l'art. 823, affermando le espressioni il tribunale pronunzia *come nelle cause sommarie*, ovvero l'altra, che talvolta pure riavviensi adoperata, *la causa sarà giudicata sommariamente*, e dinotare semplicemente doversi essere celerità nel giudizio, ma non avere altronde per iscopo nè per risultamento mutare il modo d'istruzione nè la tassa delle spese, che debbono aver luogo come in materia ordinaria, se tale sia la genuina natura della causa medesima (confr. dec. C. di Limoges 6 febbrajo 1819, Sirey. 1819, II, 22; Pigeau, t. I, p. 441; Carré e Chauveau, della Proc. civ., t. III, numero 4475).

Cotesta interpretazione venne pure sancita dal tribunale civile di Caen con sentenza del 30 dicembre 1856 emessa dietro opposizione alla tassa delle spese (Bottet).

Non pertanto ciascuna di tali interpretazioni tornerrebbe, a parer nostro, troppo assoluta; ed è mestieri, a creder nostro, badare qui a non confondere l'azion di divisione con alcuni degli incidenti che possono sorgere: cotesta distinzione, la quale ci sembra emergere da più arresti raffrontati emessi dalla Corte di cassazione, può deciferare il testo dell'art. 823.

È plausibile la stessa azion di divisione doversi considerare come materia ordinaria; e l'art. 823 nulla racchiude in contrario: in vero tutto ciò che risulta dall'articolo medesimo si è che, fra gli incidenti i quali possono annodarvisi, taluni dovranno considerarsi materie sommarie.

E all'uopo l'art. 823 contempla due casi:

Il primo è quello in cui uno de' coeredi si neghi a consentire alla divisione: uno de' coeredi, espressione la quale implica che le qualità di coeredi sono, da ambe le parti, riconosciute, e che trattasi di uno di quei coeredi difficili, di cui parla Espiard sopra Lebrun, i quali non vengono alla divisione, eccetto quando vi sieno astretti giudizialmente (l. IV, cap. 4, n. 47). Conseguentemente l'articolo in esame non mira al caso in cui il rifiuto di consentire alla divisione fosse poggiato sul denegarsi dal convenuto all'attore la qualità di erede: sarebbe questa una quistione da giudicarsi in conformità delle regole della procedura ordinaria (confr. supra, n. 524. Osservaz., del Tribunale, Locré, tom. XII, p. 102, 403; Chabot, art. 823, n. 1; Bour-

beau, Teoria della proc., 5, n. 63, Demante, t. III, n. 455 bis).

Il secondo caso, contemplato con l'art. 823, quello in cui sorgono controversie, sia intorno al modo di procedere alla divisione, sia intorno al modo di compierla: intorno al modo, intorno alla maniera, espressioni le quali implicano trattarsi delle controversie relative alla forma ed alla procedura; e conseguentemente l'articolo in esame non riguarda menomamente le controversie relative al merito del diritto, come le quistioni di collazione o quota disponibile, le quali potessero sorgere: di fatti è manifesto quistioni di tale importanza non andare comprese nella classe delle materie sommarie (confr. arresti C. cass. 30 lug. 1827, Solichon, Sirey, 1827, I, 418; 18 marzo 1828, Beyrie, Sirey, 1828, I, 173; 14 luglio 1830, Fedar, Dev., 1830, I, 247; dec. C. di Parigi 23 feb. 1849, Charpillon, D. 1849, II, 231; arresto C. cass. 24 ap. 1854, Létard, Dev., 1854, I, 447; D. Rac. alfab., v. *Materie sommarie*, num. 56; Zachariae, Massé e Vergé, t. II, p. 367; Aubry e Rau, t. V, p. 255; Ducaurroy, Bonnier e Roustaint, t. II, n. 661; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 419, nota 6; Demante, loc. supra; Chabot e Belost-Jolimont, articolo 823; Dutruc, n. 354; red. eziandio Mollot, delle liquid. giud., n. 208).

638. — A norma dell'art. 823 il tribunale dee delegare, essendovi luogo, un giudice per le operazioni della divisione.

La espressione *essendovi luogo* dimostra la nomina del giudice delegato essere facoltativa (art. 969 C. pr. — 1043), secondo che il tribunale diviserà esservi più o meno luogo a perizie, vendite, formazione di quote, ec., ed altresì esservi più o meno probabilità di osservarsi le forme giudiziali sino al compimento del giudizio, come quando si trovasse fra gli eredi minori o interdetti (art. 838 C. Nap. — 757; 984 C. pr. — 1060; conf. arresto C. cass. 49 nov. 1851, Guilleuet, Dev., 1852, I, 32).

Il giudice viene delegato, in conformità del testo in esame, per le operazioni della divisione, val dire per le operazioni definitive: il suo utilissimo incarico si è il vigilarvi conciliare le parti; ma non può esso medesimo decidere le controversie sorte fra le parti; debbe farne semplicemente relazione al tribunale, cui compete statuire: in somma è, come saggiamente dichiarò il Tribunale, un conciliatore, se possa conciliare, ed un rela-

tore, se debbasi sentenziare (Loché, tom. X, pag. 466; ved. Toullier e Duvergier, tom. II, n. 424, nota 6; Mollot, n. 44).

639. — A norma dell'art. 828 — 747 spettava al giudice delegato, dietro la stima o la vendita de' mobili e degl' immobili, se vi fosse luogo, rimettere le parti avanti ad un notaio (ved. pure art. 976 — 1052 dell' antico Cod. di proc.).

Ed eziandio su tal proposito agitavasi la questione se il giudice delegato stesso potesse procedere alle operazioni della divisione, o se vi fosse per lui necessità d'inviarle ad un notaio (conf. decis. C. di Parigi 47 ag. 1840, Notramy, Sirey, 1844, II, 442; di Bordò 5 marzo 1836, Rodier, Dev., 1836, II, 561; arresto C. cass. 19 luglio 1838, Becq, Dev., 1838, I, 889; Merlin, Rep., v. Notaio, § 2, num. 8, Chabot, art. 828, num. 4; Dntine, n. 356).

Allora avremmo diviso essere lo invio obbligatorio pel giudice delegato; ma da' novelli art. 969 e 970 C. pr. (legge del 2 giu. 1844) ci sembra risultare oggidì competero al tribunale, nella sentenza onde statuisce su la domanda di divisione, il destinare il notaio avanti a cui debbono agire le parti (conf. Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 255; Massé e Vergé, t. II, p. 369; Devilleneuve e P. Gilbert, Tavola gen., v. Divisione, n. 411; Mollot, n. 9).

640. Rimane ora a discorrere una serie di operazioni, il cui scopo si è preparare dapprima ed indi compiere la divisione, e le quali sono:

I. La stima degl'immobili e de'mobili: ravviseremo eziandio potervi essere luogo alla vendita, sia de' mobili, sia degl' immobili;

II. La liquidazione, val dire il determinare e la formazione della massa divisibile;

III. La formazione delle quote e la estrazione a sorte;

IV. Finalmente la stessa esecuzione della divisione.

644. — I. La stima de' beni è un provvedimento preparatorio, ed in generale sommamente importante, della divisione; essendo il mezzo di farvi predominare la eguaglianza; e però Lebrun affermava esser necessaria la stima, affinché sia manifesta la equità della divisione (lib. IV, cap. 1, n. 43).

L'art. 824 — 743 tratta primamente della visita e della stima degl' immobili.

e La stima degl' immobili si fa per mezzo e de' periti scelti dalle parti interessate, o

e nominati di ufficio, quando essi ricusino.

« Il processo verbale de' periti deve presentare le basi della stima, deve indicarlo se l'effetto stimato possa comodamente dividersi, ed in qual maniera; e finalmente in caso di divisione, fissare ciascuna delle parti che si possono fare, ed il loro valore. »

All'uopo è da riflettere il Codice di procedura riveduto (con legge del 2 giugno 1844) aver modificato l' anteriore legislazione sotto duplice rapporto:

1° Sotto il rapporto che la stima degl' immobili, la quale, a norma del Codice Napoleone (art. 466 ed 824 — 389 e 743) e dell' antico Codice di procedura (art. 969 — 1045), era obbligatoria, è oggidì meramente facoltativa, essendosi il novello legislatore abbandonato, circa la utilità e la opportunità di questo provvedimento, alla prudenziale valutazione de' magistrati, anche quando sieno minori in causa (art. 970 — 1046; agg. pure art. 955 — 1031):

2° Sotto il rapporto che, mentre a norma del Codice Napoleone (art. 466 ed 824) e dell' antico Codice di proc. art. 969 e 971 — 1045 e 1047), i periti dovevano essere tre, eccetto quando le parti fossero tutte di maggiore età e consentissero alla nomina di un solo perito, il tribunale può oggidì, ad onta del dissenso delle parti, ed anche quando vi fossero minori in causa, destinare un solo perito (art. 971).

642. — Fra l'art. 466, nel titolo della minore età, e l'art. 824 scorgonsi due notevoli differenze, cioè una relativa al modo di nomina de' periti; l'altra relativa allo incarico loro affidato.

4° A norma dell' art. 466 i periti debbono nominarsi di ufficio dal tribunale; mentre che, in conformità dell' art. 824, possono prescogliersi dalle stesse parti.

Come mai conciliare, su questo primo punto, i due testi?

Puossi sostenere che l'art. 466 tratta della ipotesi in cui trovinsi minori fra gli eredi; mentre l'art. 824, il quale annodasi all' articolo 823, di cui forma seguela, ha in mira la ipotesi in cui tutti gli eredi sieno di età maggiore e possono liberamente disporre de' loro diritti; e che ciascuno di questi articoli conseguentemente debbesi applicare separatamente al caso da esso contemplato (conf. decis. C. di Douai 12 mag. 1827, Broutin, Sirey, 1827, II, 438; Vazeille, art. 824, n. 2, Belosi-Jolimont sopra Chabot, art. 824, Os-

serv. 2; de Fremenville, della *Minore età*, t. II, p. 581; Zachariac, Massé e Vergé, t. II, p. 256; Valette sopra Proudhon, t. II, p. 389, nota a; Demante, t. III, n. 457 bis).

Ma nulladimeno puossi rispondere:

A norma degli art. 828 ed 840 — 757 e 759, gli articoli 849 e seguenti degnonsi osservare, se trovinsi minori fra' coeredi: or fra questi articoli, da osservare, se vi sieno minori, rinviensi precisamente l'art. 824: dunque l'articolo medesimo viene dichiarato positivamente applicabile, anche quando sieno minori; o siccome fu promulgato posteriormente all'art. 466, così la conseguenza si è avverti derogato: altronde puossi comprendere tal derogazione, essendo un ritorno alla regola generale in materia di perizia, tal quale riuviensi fermata dagli art. 304 e 306 C. pr. — 398 e 400. Altronde Nicias-Gaillard con buon fondamento ha osservato: 1° che è probabile i compilatori dell'art. 467 non avere avuto lo intendimento di risolvere, in quel testo, tal questione di forma, di cui il titolo delle successioni e segnatamente il Codice di procedura dovevano più specialmente trattare; 2° e che di fatti l'art. 974 C. pr. — 4047 dichiara doversi procedere alle nomine ed alle relazioni de' periti, secondo le formalità stabilite nel titolo delle relazioni de' periti, val dire che espressamente invia agli art. 304 e 306 intorno al modo di nominare periti (conf. Rivista critica di legislaz., 4855, tom. VI, p. 409 e seg.; Delvincourt, t. II, p. 46, nota 2; Toullier t. II, n. 449; Aubry e Rau sopra Zachariac, t. V, p. 256; Dalloz, *Rac. alfab.*, v. *Perizia*, n. 95).

Questa ultima soluzione ci sembra di fatti più logica; e sarebbe, a parer nostro, ineluttabile, se gli art. 955 e 978 C. pr. (riveduto nel 1841) non fermassero la facoltà per le parti di nominare esse medesime i periti; anzi l'art. 978 sembra negarla. Dunque ciò che vi sarebbe forse di più indubitato ancora, atteso i testi così scritti, si è il destinarsi di ufficio i periti, quando vi sieno minori.

643. — 2° A norma dell'art. 466 i periti incaricati della stima debbono eziandio procedere alla formazione delle quote; mentre, in conformità dell'art. 824, non hanno per contrario questo incarico (ved. art. 834).

Ma, su questo secondo punto, agevole è la conciliazione, ed essa rinviensi nell'art. 975 C. pr. — 4051, dal quale risulta l'art. 466 doversi osservare, qualora la domanda di divisione abbia per obbietto la divisione di uno

o più immobili su cui i diritti degli interessati trovinsi già liquidati; e quindi, negli altri casi, come la ragione e la stessa necessità richiedono, essero uopo attenersi all'art. 821.

644. — È da por mente i periti non essere unicamente incaricati di comprovare il valore degli immobili per la formazione della massa.

Inoltre debbono indicare se l'oggetto stimato possa comodamente dividersi; in qual modo; e determinare in caso di divisione ciascuna delle quote che possono formarsene ed il loro valore.

Val dire che, anche quando non sieno incaricati di formare le quote, debbono sempre preparare ed agevolare gli elementi di tal formazione.

L'articolo in esame richiede presentarsi da essi le basi della stima: ciò non vuol dinotare il loro permesso verbale dover contenere una stima particolareggiata di ciascuna delle parti onde compongonsi i vari oggetti da stimare: l'art. 412 del progetto, che tanto richiedeva, venne tolto via appositamente per antivenire gli abusi delle stime troppo minute (Loché, t. X, p. 123, 125; e l'art. 971 C. pr. riesaminato dichiara parimente non dover discendere alla minuta descrizione dei beni. Nondimeno neppure debbesi far la stima in massa; essendo uopo attenersi ad un medio partito, come afferma con buon fondamento Chabot (art. 824, n. 6): il necessario e sufficiente si è che ciascuno degli immobili venga separatamente stimato, e soprattutto che la stima venga ragionata e motivata, per guisa da permettere agli stessi magistrati il valutare gli elementi, le basi della stima loro sottoposta; per esempio che il processo verbale de' periti indichi se sieno attenuti alla rendita del catasto fondiario, alle scritture di affitto o a contratti di vendita, come parimente alla natura ed alla situazione degli immobili, alla specie delle loro produzioni, ec.

Abbiamo inteso periti abilissimi dispiacersi lo incarico, loro affidato in tali circostanze, non trovarsi pienamente determinato e spesso porli in impaccio. In vero la soluzione della questione se gli immobili possono comodamente dividersi va subordinata non solo al numero degli eredi ed all'ampiezza de' loro diritti, ma eziandio alla importanza della massa totale, compresi mobili ed immobili; o precisamente i periti agiscono su gl'immobili; e spesso sono ignari del numero degli eredi e dell'ampiezza de' loro diritti, val dire che trovansi sorniti degli elementi necessari ad u-

tilmente disimpegnare lo incaricolo affidato (*infra*, n. 637).

645. — Addizione manifesto a' priori non potersi affidare lo incarico di verificare la genesologia ed assodare la qualità controversa di una delle parti! (Confr. decis. C. di Montpellier 16 nov. 1842, Rouquette, Dev., 1843, II, 416).

646. — Relativamente a' mobili, l'art. 825 — 744 dichiara:

« La stima de' mobili, quando non se ne sia fissato il prezzo in un inventario regolare, deve farsi a giusto prezzo da persone intelligenti, e senza lasciar luogo ad accrescimento. »

In vero la stima de' mobili rinviensi d'ordinario nello inventario anteriore alla domanda di divisione (art. 943, 3° comma C. pr. — 4049).

Se essa non abbia avuto luogo, è forza procedervi per la formazione delle quote e la divisione; e si farà, dichiara l'articolo in esame, da persone intelligenti, val dire dagli uffiziali ministeriali, commissarii stimatori o altri, i quali han diritto di procedere a queste specie di vendite, a giusto prezzo e senza lasciar luogo ad accrescimento, val dire secondo il loro esatto valore (ved. all' uopo art. 463, 868, 4058 C. Nap. — 386, 787, 4014; ed art. 943, 3° comma C. pr.; ed il nostro Trattato della minore età, della tutela, ec., t. I, n. 546).

647. — Altronde tutti i beni, mobili o immobili, debbonsi stimare non secondo il valore che potevano avere nel momento dell'apertura della successione, ma secondo il loro attuale valore: i testi di legge ad evidenza suppongono così; ed in vero tal è la necessaria conseguenza de' principii e della somma regola di eguaglianza, cui va sottoposta la divisione (confr. Chalot, art. 824, n. 7).

648. — Relativamente alla vendita de' beni, mobili o immobili; l'art. 826 — 745 principalmente dispone:

« Ciascuno de' coeredi può chiedere in natura la sua parte de' beni mobili ed immobili dell'eredità; nondimeno, se vi fossero eredi ditori che li avessero sequestrati o si opponessero, o se la maggior parte de' coeredi ne giudicasse necessaria la vendita pel pagamento de' debiti e pesi ereditarii, i mobili sono venduti pubblicamente nelle solite forme. »

Laonde la regola generale che è uopo principalmente fermare all'obbietto si è ciascuno

de' coeredi aver diritto di dimandare la quota sua in natura de' mobili e degl'immobili: suppongasi, per esempio, un erede per un quarto degl'immobili; e ciò torna sommamente consentaneo alla logica ed alla equità; avvennechè la divisione ha per scopo e debbe avere per risultimento il determinare, il dichiarare la quota preesistente, a lui già pertinente ne' mobili e negl'immobili (agg. articolo 812 — 751).

Dunque per eccezione i mobili e soprattutto gl'immobili deggionsi vendere.

In quali casi ha luogo questa eccezione:

A. Sia pe' mobili?

B. Sia per gl'immobili?

Appunto ciò dobbiamo determinare.

649. — A. Riguardo a' mobili, la vendita può seguire in due casi.

Il primo è quello in cui rinvenansi creditori pegnoranti o opposenti, qualora nella eredità non trovinsi bastante per soddisfarli.

Io vero allora i beni rinvengonsi in balla del magistrato; ed il pignoramento di per sé menerebbe alla vendita con l'aggravamento che ne emergerebbe del più notabile dispendio, degl'indugii ed ostacoli per le operazioni della divisione: anzi così si potranno, col sacrificare mobili, salvare immobili pegnorati.

Dunque il legislatore ha creduto essere allora comune interesse il venderli i mobili.

E cotesto motivo della legge disvela non essere necessario, in questo primo caso, che il maggior numero de' coeredi stimi indispensabile la vendita: in vero dal modo onde trovasi concepito l'art. 826 risulta un solo de' coeredi poter allora, ad onta del dissenso di tutti gli altri, costringerli o richiedere che i mobili sieno venduti per impedire farsi la vendita dietro pignoramento (confr. Toullier, t. II, n. 416; Poujol, t. II, art. 826, n. 9; Deuante, t. III, n. 459 bis, II).

650. — Il secondo caso in cui può aver luogo la vendita de' mobili è quello in cui il maggior numero de' coeredi stimi necessaria la vendita per la estinzione de' debiti o pesi ereditarii.

E primariamente di quale maggior numero si tratta?

Si è insegnato il maggior numero doversi formare qui, non avuto riguardo al numero delle persone chiamate alla eredità; ma piuttosto avuto riguardo all'ampiezza de' diritti da ciascuna di esse conseguiti; e quindi, per esempio, un solo erede, il quale conseguisse i due terzi della eredità, costituire il maggior

che, l'art. 872 — 793 permette a ciascuno de' coeredi richiedere che le rendite vengano rimborsate e gl'immobili renduti liberi, prima di procedersi alla formazione delle quote; e qui del pari potrebbesi affermare la maggioranza poter richiedere la vendita de' mobili, ionaozi della divisione, sol quando potesse temere veoire astretta a pagare oltre la sua quota; ma quando il debito sia meramente chirografario e divisibile, che mai le importa? dappoichè, dopo come prima della divisione, ciascuno può esser tenuto soddisfarne la sola sua quota.

Tali considerazioni sono al certo sommamente gravi; e non pertanto avvisiamo doversi eliminare: da uo lato il testo dell'art. 826 — 745 è generico ed assoluto: esso permette alla maggioranza de' coeredi notare, se la creda necessaria, la vendita de' mobili per la estinzione de' debiti e pesi ereditarii, senza distinguere le varie specie di debiti e di pesi: d'altro lato il legislatore ha considerato indubitamente cotesta necessità potere avvenire in tutti i casi, come, a cagion di esempio, se i debiti sieno esigibili, per ovviare ad imminenti pignoramenti; ed allora la maggioranza avere effettivamente interesse a votare la vendita, per antivenire le spese e gl'indugii emergenti da' pignoramenti medesimi.

653. — A norma di una opinione alquanto ioralsa ciasenno de' coeredi avrebbe, ne' due casi contemplati con l'art. 826, diritto d'impedire la vendita, per la sua quota, de' mobili, e conseguire la quota medesima in natura, sborsando di proprio danaro la porzione sua ne' debiti.

Dobbiamo confessare che Pothier, dalle cui opere i compilatori del Codice sembrano aver desunto l'art. 826, tanto insegnava (*delle Success.*, cap. IV, art. 4), ed eziandio ebe l'art. 140 del progetto del governo dell'anno VIII positivamente dichiarava che qualora non vi sieno ereditari sequestranti o opposenti, ciascuno de' coeredi può opporsi alla vendita della sua quota ne' detti mobili, offrendo danaro sufficiente per soddisfare la sua quota de' detti debiti e pesi (Fenet, t. II, p. 447): puossi aggiungere che gli altri coeredi non hanno allora interesse a negare la distrazione della porzione de' mobili spettante al coerede, il quale soddisfa immediatamente la sua quota de' debiti (confr. arresto C. cass. 18 giugno 1807, Dallard, Sirey, 1807, I, 426; Tonllier, t. II, n. 446; Poul, t. II, art. 826, n. 9; Bioche, v. *Divisione*, n. 440; Mar-

cadé, art. 826; Mourlon, *Rep.*, scrit., t. II, p. 438; Dutruc, n. 198).

Nondimeno avvisiamo la pretesione del coerede di far distrarre la sua quota in natura de' mobili, eziandio offrendo pagare la sua quota de' debiti, non poter venire ammessa.

4° Il testo dell'art. 826 è assoluto: esso permette, senza veruna specie di restrizione, alla maggioranza il decidere doversi procedere alla vendita per la estinzione de' debiti e pesi: se i compilatori del Codice non hanno riprodotto la disposizione del progetto dell'anno VIII, apparentemente non han voluto ritenerla.

2° Altronde in ragione o piuttosto in fatti, cotesta distrazione di una parte de' mobili in natura a pro di uno o più eredi addivene effettivamente impossibile; dappoichè essa può emergere soltanto da divisione; or la divisione non è possibile, sino a quando non facciasi la liquidazione: soggiugniamo lo indugio emergente dalla necessità di questa specie di prelevamento essere, nel primo caso, una offesa al diritto de' ereditari, già sequestranti o opposenti, e potere nel secondo caso dar luogo a pignoramenti che vogliansi precisamente evitare! (Confr. Demante, t. III, 159 bis.)

654. — Ciascuno de' coeredi può dimandare, come è ragionevole; vendersi in preferenza i mobili meno pregevoli, e segnatamente quelli suscettivi di deperimento.

Ma ci pare alla maggioranza, la quale decide se i mobili dovranno vendersi, competere conseguentemente eziandio il diritto di decidere quali mobili dovranno vendersi in preferenza (confr. Chabot, art. 826, n. 5).

Altronde la vendita debbe seguire pubblicamente nelle forme stabilite dal Codice di procedura (art. 945-952 — 1021-1028).

655. — B. Circa la veodita degl'immobili, l'art. 827 — 746 dispone:

« Se gli stabili non possono comodamente dividersi, se ne dovrà fare la vendita all'incanto davanti al tribunale.

« Quando però le parti sieno tutte in età maggiore, possono consentire che l'incanto segua davanti un notaio eletto di comune accordo ».

Laonde il legislatore applica agl'immobili più rigorosamente che a' mobili, la regola in conformità della quale ciascuno de' coeredi può dimandare la sua quota in natura.

Rispetto agl'immobili, evvi un solo caso di eccezione, quello cioè in cui non possono comodamente dividersi.

656. — Indubitalmente i coeredi possono convenire i mobili, anche quando potessero comodamente dividersi, doversi vendere eziandio in altri casi, sia, a cagion di esempio, perchè qualcuno di essi non potesse o non volesse accettare nella sua quota un determinato immobile (art. 1686 — 1532), sia per estinguere i debiti della eredità, ma la maggioranza non può qui in verun caso avere preponderanza sul minor numero; e per contrario addivene indispensabile l'unanime assenso di tutte le parti interessate.

Dalle quali cose conseguita esser necessario che tutte le parti sieno di età maggiore e possano liberamente disporre de' loro diritti, o se fra esse rinvegnansi minori, che si osservino tutte le condizioni e le formalità, le quali in generale richieggonsi per l'alienazione degl' immobili de' minori (confr. art. 467, 458 C. Nap. — 390, 381; e 953 C. pr. — 1029).

657. — In quali casi gl' immobili non possono comodamente dividersi?

È questa una quistione di fatto intorno a cui i processi verbali de' periti deggionsi consultare.

Allonde è manifesto tal quistione andar quasi sempre subordinata alla importanza ed alla natura de' vari beni onde componesi la eredità, del pari che al numero degli eredi ed alla quota maggiore o minore e più o meno ineguale delle loro quote: sotto questo rapporto la quistione se gl' immobili sieno comodamente divisibili dipende molto dall'altra come le quote dovranno formarsi, in qual modo ed in qual numero (*infra*, n. 678 e seg.); avvegnachè il legislatore con l'art. 832 inculca simultaneamente di non ismembrare i fondi ed agire in guisa che entri in ciascuna quota, se sia possibile, la medesima quantità di immobili della stessa natura e valore (confr. arresto C. cass. 10 marzo 1826, Turquis, Sirey, 1826, I, 414).

Ciò che in generalo puossi affermare si è il legislatore, unisono alla stessa natura della divisione ed alla equità, essere che gl' immobili vengano divisi in ispecie; e però far mestieri, per stimarsi necessaria la vendita, dovere la divisione avere per risultamento, sia di produrre un notevole deterioramento o scemamento di valore di una o più delle porzioni divise, sia di renderlo inagevole o oneroso il godimento.

Ben si ravvisa i testi in disamina principalmente mirare al comodo o allo incomodo della divisione degl' immobili sotto il punto di ve-

duta materiale della loro natura, della situazione loro e della loro rispettiva coltivazione. Si potrebbero ammettere forse, come elementi di valutazione su tal punto, la personale situazione de' condividenti, le loro particolari attitudini e le loro personali convenienze? ciò sembra sommamente inagevole, dappoichè le quote debbono estrarsi a sorte; ma questo motivo dimostra contemporaneamente potersi aver riguardo a siffatto elemento di valutazione, se si trattasse di convenienze reciproche e comuni a tutti i condividenti; val dire se tal modo di valutazione non dovesse addivene una offesa alla eguaglianza, la quale costituisce la legge di divisione.

Osserviamo del pari:

Da un lato, che la vendita allo incanto non sarebbe necessaria per l'unica circostanza uno degl' immobili oppure ciascuno degl' immobili essere indivisibile, se tutti gl' immobili riuniti potessero servire a formare quote; e basta che gl' immobili, comunque individualmente indivisibili, possano comodamente comprendersi nella divisione della massa medesima (art. 974 C. pr. — 1030);

E d'altro lato, che anche quando uno o più immobili non suscettivi di divisione eccedessero il valore, sia della maggior porzione ereditaria, sia degli altri immobili della eredità, neppur questa sarebbe una ragione per venderli allo incanto, se tale eccedenza di valore non fosse troppo considerevole: vi sarebbe luogo soltanto a rimuovere la ineguaglianza con supplemento (art. 833 — 752; *infra*, numero 675).

658. — Lo stabilimento di servitù a pro di una delle quote a carico di altra quota è pure un mezzo di rendere divisibile lo immobile, che diversamente nol sarebbe.

Obbietterassi forse nessun testo di legge attribuire a magistrati, nella divisione giudiziale, il diritto di stabilire servitù?

La pratica in nessun tempo si è fermata a cotesta obbiezione; avvegnachè è noto a tutti le divisioni essere state sempre uno de' modi più frequenti dello stabilimento delle servitù: ed al certo saggiamente si è comportata la pratica!

Chi vuole il fine vuole i mezzi: or il legislatore, il quale inculca, per quanto più sia possibile, la divisione in natura e la ripartizione io ciascuna delle quote, degl' immobili, permette virtualmente lo stabilimento delle servitù, senza cui la vendita allo incanto addirebbe per lo più necessaria, e mercè di

cui per contrario la divisione in natura avviene possibilissima, mediante, solo alcune servitù, gl' inconvenienti delle quali vengono compensati da maggiori vantaggi: in vero precisamente in proposito delle servitù Domat scrisse i *condividenti dovere incomodarsi per accomodarsi scambievolmente* (*Leggi civili lib. I, tit. IV, sez. I, n. 8*).

Potrebbsi forse, per esempio, dividere, come spesso accade in alcune province, una casa in pianj senza conseguitarne servitù? (*Art. 664 — 585*).

Forse lo stabilimento delle servitù per destinazione del padre di famiglia non è per lo più necessario risoltamento della ripartizione degl' immobili nelle divisioni? (*Art. 692-694 — 613-615; ved. il nostro Trattato delle servitù, t. II, n. 808 ed 817*).

Altronde per massima abbiamo già osservato le servitù così stabilite nella divisione giudiziale non provenire effettivamente dall'autorità del giudice, ma piuttosto dalla convenzione delle parti; la qual circostanza attribuisce loro una origine sommamente legale (*art. 639, 686—561, 607*): in vero il magistrato, in tali specie di procedura, disimpegna in certa guisa il mandato dalla legge affidandogli in nome delle parti, di fare per esse e nel loro interesse la divisione nel modo più conveniente che elleno medesime potrebbero adoperare se fossero di accordo o potessero liberamente disporre de' loro diritti (*ved. il nostro Trattato delle servitù, t. II, n. 729 e 732*).

Ciò che poossi semplicemente affermare si è esser mestieri ovviare che le servitù stesse vengano troppo moltiplicate e riescano troppo onerose: in vero allora riuscirebbe di maggiore utilità la vendita allo incanto!

659. — Ma non potrebbsi, nè anche per ovviare alla vendita di un immobile, stabilire l'usufrutto sopra una quota, attribuendo la nuda proprietà ad un'altra quota (*ved. il nostro Trattato della distinzione de' beni, della proprietà e dell'usufrutto, t. II, n. 232*).

Imperocchè al magistrato trovasi conferito il semplice mandato di procedere, in nome delle parti, alla divisione; e quindi debbe fare operazioni consone al carattere della divisione: or il carattere della divisione richiede che ciascuno abbia la sua quota in natura, se sia possibile, o almeno un capitale equivalente: sarebbe operazione affatto opposta alla stessa essenza della divisione quella di surrogare alla quota di proprietà, cui ha diritto

ciascuno de' dividendi, un valore in usufrutto deperibile ed aleatorio.

È questa la ragione per cui il snpimento neppure potrebbe consistere in una rendita vitalizia.

Le sole parti, tutte di accordo e libere disponenti de' propri diritti, potrebbero procedere a siffatte operazioni.

660. — La vendita allo incanto, quando abbia luogo, debbe seguire, sia avanti ad uno de' giudici in pubblica udienza, sia avanti notaio, in conformità delle regole fermate dal Codice di procedura, ne' titoli delle divisioni e vendite allo incanto e della vendita degl' immobili (*art. 970 a 973 e 955 a 965 — 4046 a 4049 e 4034 a 4044*).

E in conformità dell' *art. 839 — 758* :

« Se vi è luogo ad incanti, nel caso dell' antecedente articolo, non possono esser fatti che giudizialmente con le formalità prescritte per l'alienazione de' beni de' minori. Gli estranei vi sono sempre ammessi. » (*Agg. art. 4687 — 4533*).

Se non che, circa l'autorizzazione del consiglio di famiglia, evvi luogo a distinguere, come dicemmo, se la vendita allo incanto si dimandi da' minori o piuttosto in nome loro avverso i coeredi, nel qual caso è necessaria l'autorizzazione, o se venga dimandata da' coeredi avverso di essi, nel qual caso addivene inutile l'autorizzazione (*confr. art. 460 C. Nap. — 383 e 954 C. pr. — 4030*).

Pongasi mente altresì non doversi inferire dall' *art. 827—746*, come la sua compilazione parrebbe far supporre, la facoltà di procedere alla vendita allo incanto avanti notaio, anziché avanti al tribunale, andare circoscritta al caso in cui le parti sieno tutte di maggiore età: per contrario cotesta facoltà sussiste in tutti i casi con la semplice differenza che, qualora sieno minori, spetta al tribunale ordinare in invio avanti notaio e prescegliere questo pubblico ufficiale (*confr. art. 459, 460 C. Nap. — 382, 383, ed art. 954, 970 e 972 C. pr. — 4030, 4046 e 1048*).

L' *art. 839* dichiara che, quando sieno minori, gli estranei di necessità debbonsi ammettere agl' incanti; dappoichè in vero, quando tutti i coeredi sieno di età maggiore e possano liberamente disporre de' loro diritti, l' ammissione degli estranei ha luogo solo quando richieggasi da uno di essi (*art. 4687 — 4533*); ma la legge permette a ciascuno di essi dimandarla, affinché quelli i quali non fossero in grado di acquistare non rimanesse-

ro in balla degli altri: è questo il motivo per cui il legislatore statuisce del pari, nello interesse de' minori, doversi sempre ammettere gli estranei.

661. — II. Ad evidenza la divisione può applicarsi soltanto ad una massa liquida, intorno a cui i diritti delle parti trovansi diffusivamente stabiliti, e la quale non debbe più soggiacere ad aumento nè diminuzione: diversamente nulla formerebbersi di stabile; e potrebbe ben presto diventar necessario il ricominciarsi la operazione.

Qualora, dietro le stime o le vendite, i diritti delle parti si trovino liquidati su la massa così formata, sia de' mobili e dell'immobili, il cui valore sia noto, sia del prezzo proveniente dalle vendite, allora debbesi procedere soltanto alla formazione delle quote ed alla loro ripartizione (ved. artic. 975 C. pr. — 4054).

Ma, quasi sempre, rimane ancora a fare una operazione sommamente importante e spesso complicatissima, val dire la liquidazione, che i nostri maggiori denominavano *ezindio conto mobiliare della eredità*, e per effetto di cui la massa può trovarsi accresciuta o diminuita.

All'uopo l'art. 828 — 747 statuisce:

« Dopo la stima e vendita de' mobili ed immobili il giudice delegato rimette, se occorre, le parti avanti ad un notaio da esse eletto, o nominato *ex officio*, quando esse non si accordino nella scelta.

« Avanti a questi si procede a' conti che i cocondividenti dovessero rendere, ed alla formazione dello stato generale de' beni, a quella delle rispettive porzioni ereditarie, ed a' somministrazioni da farsi ciascuno dei cocondividenti. » (Ag. art. 976 C. pr. — 1052).

Cotesto articolo, come affermammo (*supra*, n. 639), venne modificato dalla legge del 2 giugno 1841, nel senso doversi il notaio designare oggidì con la sentenza onde si ordina la divisione; ed abbiamo osservato tale mutamento aver fatto cessare la questione se lo invito avanti notaio fosse obbligatorio o semplicemente facoltativo pel giudice commissario: dunque sempre un notaio debbe venire incaricato di tali specie di operazioni, e con sommo fondamento: dappoichè, a prescindere dallo andare affatto comprese nelle attribuzioni di tali pubblici uffiziali, cotesto modo di procedere è il più semplice e quello il quale sembra altresì più di natura da ovviare a spendio e difficoltà.

662. — Il notaio destinato procede solo e senza l'assistenza di un secondo notaio o testimone; ed il concorso permanente delle parti non gli è necessario; dappoichè l'incarico suo consiste non già nel ostendere il lavoro delle parti, ma a fare esso medesimo, come delegato della giustizia, l'operazione per cui è stato delegato (art. 976, 977 e 978 C. pr. — 4052, 4053 e 1034; *confr. decis. C. di Amiens 21 dic. 1830, Levassieur, D. 1833, II, 476; Mollot, Delle liquid. giudiz., n. 23-24*).

Allronde cotesto uffiziale pubblico non giudica nè poteva giudicare delle controversie che possono sorgere nel corso dello sue operazioni; ed il dover suo all'obbietto rinviensi stabilito con l'art. 837 — 756 nel seguente modo:

« Se nelle operazioni commesso ad un notaio insorgono contestazioni, il notaio stenderà processo verbale delle opposizioni e di quanto deducano rispettivamente le parti, e quindi le rimetterà avanti il delegato per la divisione ed inoltre si procederà secondo le forme prescritte dalle leggi su la procedura civile. » (Agg. art. 977 C. pr. — 1053).

E da parte sua il giudice commissario ne fa, come osservammo, relazione al tribunale (*supra*, n. 634).

663. — L'art. 828 C. Nap. e l'art. 976 C. pr. dichiarano alquanto confusamente forse doversi procedere avanti notaio a' conti, alle collazioni, che i cocondividenti possano doversi, alla formazione della massa generale, alla composizione delle rispettive porzioni ereditarie ed alle somministrazioni da fare a ciascuno de' cocondividenti.

In vero tali sono i vari elementi della liquidazione, e le cause per effetto di cui la massa può trovarsi aumentata o diminuita.

Tali cause provengono precipuamente: Sia dagli indennizzamenti rispettivamente dovuti da' coeredi alla eredità o dalla eredità a' coeredi, per l'amministrazione che gli uni o gli altri avessero avuto de' beni indivisi; i quali indennizzamenti vengono denominati *prestazioni personali*, e comprendono ciò che uno de' coeredi abbia ricevuto per la eredità, ciò che abbia speso per essa, i danni che abbia potuto arrecarle, ec. (*confr. Pothier, delle Success., cap. IV, art. 1. § 3, ed introd. al tit. XVII, della cons. di Orleans, num. 74*);

Sia dalle collazioni, cui i successibili donatarii sono in generale tenuti;

Sia finalmente da' eredi o debiti, e che ciascuno de' coeredi potesse vantare verso il defunto.

Tutte queste cause costituiscono ciò che i testi in esame denominano i conti, le liquidazioni, la formazione della massa generale; e relativamente al vocabolo somministrazioni, adoperato negli art. 828 C. Nap. e 976 C. pr., potrebbe dinotare somme da pagare o fornire, come dicevasi pure un tempo, ad un erede per toglier via la differenza emergente, a suo pro, dal congegno, ovvero prelevamenti che avrebbe diritto di esercitare su la massa, come legatario per antiparte.

664. — Affermiamo potervi esser luogo, per ciascuno de' coeredi, a fare collazioni nella massa.

Articolo 829—748: « Ciascuno de' coeredi a norma delle regole che saranno stabilite e in appresso, conferisce nella massa tutto ciò che gli è stato donato, e le somme di cui è debitore. »

Articolo 830—749: « Se la collazione non è fatta in natura, i coeredi a quali è dovuta la prededuzione una porzione eguale su la massa ereditaria. »

« Queste prededuzioni, per quanto è possibile, si formano con oggetti della stessa natura, qualità e bontà di quelli che non sono stati conferiti in natura. »

Come ben si ravvisa, ciò si riferisce direttamente alla materia delle collazioni, val dire ad una delle più importanti parti del nostro subbietto, e di cui lo stesso legislatore ha creduto, con sommo fondamento, dovere, atteso la medesima importanza, stabilire le regole in una speciale sezione: dunque appunto in questa sezione esporremo tutto ciò che riguarda la collazione delle donazioni ed il pagamento de' debiti fatto dall' uno o dall' altro de' coeredi alla eredità.

665. — III. Nel punto in cui ci troviamo la massa divisibile rinviasi determinata, ed i diritti de' coeredi sono liquidi.

Trattasi ora di procedere alla formazione ed alla distribuzione delle quote.

Per convenientemente riuscire in siffatta ultima operazione a fare, converrebbe raggiungere simultaneamente il seguente doppio risultato:

Da un lato assicurare la egual formazione delle quote, ed escluderne, come diceva Guy-Coquille, ogni favore, ambizione o intrigo (su l'art. 1 del tit. delle Divisioni, della cons. del Nivernese);

Ed altro lato distribuire le varie quote fra gli eredi in modo intelligente ed atto a particolari bisogni ed alle personali convenienze di ciascuno di essi.

Or torna malagevole conseguire contemporaneamente questi due risultamenti; dappoi che ciascuno de' mezzi che possono adoperare sembra avvicinarci all' uno allontanandoci dall' altro.

In vero si procederà forse alla estrazione a sorte? la eguale formazione delle quote troverassi garantita; ma la distribuzione potrà riuscire sommamente difficoltosa!

Per contrario procedersi per via di attribuzione? la distribuzione delle quote potrà essere e sarà indubitabilmente quasi sempre più soddisfacente; ma allora sorgono i sospetti di parzialità, compiacenza, pratiche, di tutti quei cattivi modi di agire finalmente, i quali in vero deggionsi sommamente temere, e che essenzialmente importa impedire.

Dunque ciò riesce malagevole!

666. — La nostra antica giurisprudenza francese ci offre su tal punto regole ben poco uniformi e sommamente incerte.

La dottrina, più generale fra' ginconsulti, pareva essere le quote doversi estrarre a sorte (confr. Pothier, delle Success., cap. IV, art. 4; Lebrun, lib. IV, cap. 4, n. 42; Denizart, v. Divisione, n. 33; Guy-Coquille su l'art. 4 del tit. XXV delle Divisioni, della cons. del Nivernese).

E Davol il quale attesta altresì che, nel ducato di Borgogna, le quote estraevansi comunemente a sorte, osserva dal pari esser questa una delle etimologie date al vocabolo quota (t. III, lib. III, trattato 5, cap. XXV, § 4, n. 4).

Non pertanto faceva mestieri che tal dottrina fosse stabile ed all' obbietto costante la pratica: or il più vero si è in ultima analisi il modo di distribuzione trovarsi affidato, nel nostro antico diritto, come in diritto romano, alla discrezione del giudice (confr. Inst. de off. jud.; Vinnio Select. quaest., lib. I, cap. XXXV; arresto C. cass. 41 ag. 4808, Chastet, Sirey, 4808, I, 529).

Laonde Pothier, dopo avere insegnato doversi formare tante quote quanti sono i coeredenti, e qualora non pongansi fra essi di accordo circa la scelta delle quote, debbano estrarsi a sorte, ha scritto il commissario destinato alla divisione debbe assegnare a ciascuno la quota a lui più conveniente: spesso si fanno estrarre a sorte. (Loc. supra).

Eravi pure consuetudini in cui erasi adottato il seguente sistema: il primogenito formava le quote e gli altri lo presceglievano dappoi in ordine di età a principiare dal più giovane: in talune consuetudini la sorte e non la età determinava l'ordine onde coloro i quali non avevano formato le quote dovessero presceglierle (art. 279 della cons. di Angiò; art. 4 del tit. XXV della cons. del Nivernese; Loysel, *Inst. cons.*, lib. II, tit. VI, Reg. 1, ediz. Dupin e Laboulaye).

Cotesto sistema, escogitato da' canonisti, sembra effettivamente ingegnoso; e, a primo aspetto, direbbesi raggiungere i due risultati cui miriamo, cioè la eguaglianza nella formazione delle quote e la intelligenza nella loro distribuzione, ma non pertanto è manifesto il sistema medesimo trattare con somma ingiustizia chi formi le quote; dappoichè gli rimane, per remunerazione del suo incomodo, la quota non voluta dagli altri, ed avviso con Guy-Coquille « essere una specie di pena il dover formare le quote o lasciarle scegliere. » (*Loc. supra*): quindi Vinnio ha dimostrato i canonisti non potere invocare, in sostegno del loro sistema, *nullum idoneum juris pontificis textum* (*loc. supra*, ved. altresì *infra*, n. 677).

667. — Quali sono, intorno a questo soggetto, gli stabilimenti dell'odierno legislatore?

Precisamente ciò dobbiamo esaminare; e conseguentemente investigheremo:

A. Da chi le quote si debbano formare;

B. In qual modo;

C. Ed in qual numero; la quale ultima questione ci condurrà a spiegare il modo di distribuzione delle quote e la estrazione a sorte.

668. — A. A norma dell'art. 834 — 753;

« Le quote si formano da uno de' coeredi, e se gli altri concordano nella di lui scelta, e se colui che è stato eletto accetta la commissione: in caso contrario si formano da un perito che si nomina dal giudice delegato.

« Le quote vengono in seguito estratte a sorte. »

Siffatta disposizione venne confermata e renduta completa coll'art. 978 C. pr. — 1054, il quale dichiara:

« Le porzioni saranno fatte da uno de' coeredi, se tutti sono maggiori, se concordano su la elezione e se quello che è stato eletto s'incarica della commissione: in caso diverso il notaio rimetterà le parti avanti il giudice

commissario, senza bisogno di alcuna altra procedura; e questi devrà alla nomina di un perito. »

Da questi testi è uopo desumere i seguenti corollari:

1° Lo incarico di formare le quote può affidarsi ad uno de' coeredi dietro scelta di tutti gli altri e col consenso di colui che è stato prescelto: non trattasi qui di maggioranza, sì bene di unanimità richiesta.

2° Il riferito art. 978, richiedendo che gli eredi sieno all'opo tutti di maggiore età, virtualmente richiede del pari che sieno presenti e possano liberamente disporre de' propri diritti: dalle quali cose conseguita la facoltà di prescegliere uno de' coeredi non potersi esercitare, in nome degl' incapaci, dai loro legali rappresentanti; e quindi, in caso di minore età di uno degli eredi, le quote dovrebbero formarsi da un perito (confr. Chabot, art. 834, n. 2; Demante, t. III, n. 465 bis, 1; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 260).

3° A norma dell'art. 978 il perito sembra doversi in tutti i casi nominare dal giudice delegato; ma non pertanto è manifesto, almeno nel caso in cui tutte le parti sieno di età maggiore e possano liberamente disporre de' loro diritti, potere elleno dipartirsi su tal punto dalle forme giudiziali, potendo dipartirsene su tutti gli altri (art. 985 — 4064; *supra*, n. 604, 642). Dunque avvisiamo con Demante (*loc. supra*) tutto ciò che risulta in questo caso dagli art. 834 C. Nap. e 978 C. pr. essere il giudicio commissario, ove le parti non sieno di accordo, non dover loro lasciare il termine ad essi concesso in generale per fare altra scelta (art. 305 C. pr. — 399), ed esso medesimo destinare direttamente il perito.

4° Finalmente già spiegammo la specie di contraddizione apparente fra l'art. 466, a norma di cui i periti, incaricati di stimare i beni, dovrebbero altresì venire incaricati di formare le quote, e l'art. 834, il quale dichiara le quote per contrario doversi formare da uno de' coeredi (*supra*, n. 643).

669. — « Prima di procedere all'estrazione a sorte; dichiara l'art. 835 — 754, ciascun convivente è ammesso a proporre i suoi reclami contro la formazione delle quote. »

Nulla evvi di più giusto cotesta facoltà di controllo e di reclamo costituisce, nello interesse di tutti, una garanzia efficace dell'equa formazione delle quote.

Dunque ciascuno de' coeredi può reclama-

re, sia per non essersi compresi tutti i beni nella divisione, sia per non essersi ripartiti egualmente nelle varie quote i beni della stessa natura.

Il reclamo può ammettersi sino alla chiusura del processo verbale del notaio, ovvero, se vi sia inogo, sino alla sentenza di omologazione (art. 980, 981 C. pr. — 1056, 1057).

670. — Il coerede o il perito, incaricato di formare le quote, dee stabilire la formazione medesima con relazione dariceversi e distendersi dal notaio in seguela del processo verbale racchiudente formazione della massa.

Le parti debbono poscia convocarsi nello studio del notaio per la esibizione e l'approvazione del processo verbale.

E da ultimo, se vi sia luogo, debbe emettersi sentenza di omologazione; ma è da riflettere nondimeno il processo verbale del notaio non abbisognare di venire omologato, se venga approvato da tutte le parti di età maggiore, presenti, e le quali possano liberamente disporre de' proprî diritti (confr. art. 979 n. 982, e 985 C. pr. — 1055 a 1058 e 1064.)

671. — B. Ora dobbiamo osservare in che modo le quote debbansi formare, val dire di quali beni, di quali elementi.

I testi su questo punto dichiarano:

Articolo 831 — 754. « Nella formazione e composizione delle quote si deve evitare, e per quanto sia possibile, di smembrare i fondi e di recar danno con la divisione alla qualità delle coltivazioni, o devesi fare in modo che entri in ciascuna quota, se è possibile, la medesima quantità di mobili, immobili, diritti o erediti della stessa natura e valore. »

Articolo 833 — 752. « L'ineguaglianza in natura delle quote ereditarie si compensa con una retribuzione o in rendite o in danaro. »

Laonde il legislatore ferma all'nopo due regole le quali entrambe nulla offrono di assoluto, e di cui inculca semplicemente investigarsi la conciliazione per quanto più sia possibile:

Val dire da un lato che ciascuna delle quote si formi di beni della stessa natura, specie e valore;

E d'altro lato nel tempo stesso che si evitino smembramenti o partizioni nocevoli.

672. — La prima di coteste regole venne stabilita con l'art. 826 — 745, il quale dichiara ciascuno de' coeredi poter dimandare la sua quota in natura de' mobili ed immobili ereditari.

Ma l'art. 832, col riprodurla, la modifica, come ben si ravvisa, in modo alquanto notevole; o piuttosto si limita a spiegarla e renderla possibile e praticabile, temperando la formula troppo assoluta, che aveva nell'art. 826: l'art. 832 richiedo la osservanza di cotesta regola solo per quanto sia possibile, e se è possibile (ved. all'uopo la opinione di Duberret de Boscq. *Rivista critica di giuris.* 1858, p. 360).

Ma nulladimeno non converrebbe inferire e potersene interamente dipartito in una divisione giudiziale! Se in fatto l'applicazione di tal regola fosse possibile, val dire se vi fossero beni sufficienti della stessa natura e valore per potere ciascuna delle quote riceverne parte, ciascuno de' coeredi potrebbe dimandare applicarsi gli art. 826 ed 832 (art. 835 — 754); e se in diritto venisse statuito il loro reclamo non essere ben fondato, pel motivo l'applicazione dell'art. 832 essere sempre meramente facoltativa, non dubitiamo menomamente che simigliante decisione verrebbe cassata dalla Corte suprema.

Laonde, come in prosieguo dimostreremo, l'ascendente, il quale faccia la divisione dei beni suoi tra' suoi figli, neppure può, sotto pena di nullità della divisione, dipartirsi compiutamente dalla regola fermata con gli art. 826 ed 832.

È ben vero che all'amichevole divisione, le parti, qualora sieno tutte di età maggiore o possano liberamente disporre de' proprî diritti, possono per contrario dipartirsi compiutamente da questa regola, senza che la loro operazione, come ravviseremo su gli art. 853 ed 858 — 803 ed 808, cessi necessariamente però di avere il carattere della divisione e produrne gli effetti.

Ma ciò non è in facoltà del magistrato, il quale ha semplicemente lo incarico di fare, in nome e nello interesse delle parti, una ordinaria divisione effettiva, secondo le condizioni regolari o normali di questa operazione (supra, n. 658), e neppure dell'ascendente, cui la legge conferisce la stessa facoltà competente al magistrato di procedere semplicemente ad una ordinaria divisione, val dire ad una divisione in natura.

Altronde questa ultima tesi comporta altresì taluni temperamenti; e però ci riserviamo trattarla (confr. arresti C. cass. 18 dic. 1848, Gladieux, Dev., 1849, I, 257; 28 feb. 1855, d'Anglade, Dev., 1855, I, 94; 18 dic. 1855, Estelle, e 25 feb. 1856, Guérin, Dev.

4856, I, 305-311; decisi. C. di Agen 30 gen. 4856, Deneyre, Der., 4856, II, 493).

673. — È da por mente l'art. 832 comprendere segnatamente i crediti fra beni la cui ripartizione debbasi fare tra le varie quote.

È uopo forse inferirne i crediti non diversi di pievo diritto fra coeredi?

È questa una questione che si va agitando oggidì; e ci proponiamo ragionarne nella disamina dell'art. 833 nella teoria che esporremo circa lo effetto dichiarativo della divisione.

Ciò che dobbiamo semplicemente dichiarare qui si è nulla, a parer nostro, doversi inferire nè pro nè contra, circa la soluzione di tal questione, dall'art. 832, il quale dichiara i crediti, al pari degli altri beni, potersi comprendere nella formazione delle quote. In vero sempre avvenne così, eziandio appo i Romani, appresso i quali il principio della divisione di pieno diritto venne sempre cotanto fedelmente rispettato. Gaione adduce il motivo: *quia saepe et solutio et exactio partium non minima incommoda habet* (l. III, princ. ff., *famil. ercisc.*); cioè essere dello interesse di ciascuno de' coeredi avere nella sua quota un solo credito intero anziché più piccole frazioni di varii crediti; ed è questo il motivo per cui i crediti van compresi nella formazione delle quote.

Ma in qual modo e con quale effetto? Le antiche tradizioni dimostrano nulla essersi prestabilito con l'art. 832 intorno a tal questione (confr. Demante, t. III, n.° 164 bis, 1).

674. — È noto quanto gli smembramenti de' predii possano renderne la coltivazione più malagevole e dispendiosa, e conseguentemente diminuirne i prodotti ed il valore.

Dunque con somma saggezza il nostro legislatore inculca avviarsi per quanto sia possibile.

E non solo conviene non ismembrare i predii, ma è uopo altresì evitare di dividere le coltivazioni; e se, per esempio, comprendonsi più immobili in una sola quota, deggionsi riunire in preferenza quelli più di leggieri suscettivi di una comune coltivazione: appunto in tal senso i nostri maggiori affermavano essere uopo formare le quote di predii l'uno all'altro vicini (Pothier, *delle Success.*, cap. IV, art. 4).

675. — Di raro torna possibile a ciascuna delle quote toccare esattamente la stessa quantità d'immobili, tanto più aver noi ravvisato la legge inculcare di avviare agli smembra-

menti; ed eziandio, pe'mobili, non sempre addiviene possibile farne una eguale ripartizione; dappoiché sonovene altresì taluni i quali non si possono dividere nè frazionare. Allora il mezzo di ristabilire la eguaglianza (quando non ricorressi alla vendita allo incanto) si è lo stabilire un supplemento, una retribuzione, un paraggiamento, sia in rendita, val dire in prestazioni annue perpetue, sia in contante, val dire in un capitale pagabile nel momento della divisione o in altre epoche determinate (art. 833 — 752; agg. art. 2403, 3° comma e 2109 — 1972 e 1995).

Puossi imporre altresì alle quote che comprendono più beni in natura l'obbligo di sopportare una porzione più considerevole nei debiti; e di fatti, come diceva Domat, è un giusto mezzo di supplire alla eguaglianza lo *imporre a' beni più pregevoli i pesi più gravi* (*Leggi civili*, lib. I., tit. IV, sez. 4, n.° 8).

676. — C. Finalmente dobbiamo osservare quante quote debbansi formare ed il modo di distribuirle a ciascuno de' coeredi.

Primieramente i testi riguardanti questa ultima questione sono i seguenti:

Articolo 831 — 750. « Dopo le dette pretese deduzioni, si procede sopra ciò che rimane e in massa, alla formazione di altrettante parti eguali, quanti sono gli eredi o le stirpi coeredi. »

L'art. 834 — 753, con l'ultima sua disposizione, dichiara che:

» Le quote vengono in seguito estratte a sorte. »

E finalmente l'art. 836 — 755 è concepito così:

« Le norme prescritte per la divisione delle masse da farsi tra le stirpi condividenti, si osservano egualmente nella suddivisione. »

Laonde, relativamente dapprima al numero delle quote, la regola fermata con l'art. 834 si è doversi formare tante quote eguali quanti sono gli eredi condividenti.

L'articolo soggiunge o le stirpi *condividenti*, val dire che le stirpi si computano per un capo; la qual cosa è la conseguenza del principio a norma di cui i rappresentanti succedano sempre, per *modum unitus* in vece del rappresentato.

E dappoi procedesi, fra' membri della stessa stirpe, a novella divisione de' beni compresi nella quota loro spettata; per modo che, quando la stessa stirpe abbia prodotto più rami, può quindi esservi luogo a più distinte divisioni, ad obbietto di procedere alla suddivi-

sione per stirpe in ciascun ramo, e per capo fra l'aeburlo dello stesso ramo (art. 743—665).

Altronde torna semplicissimo le regole stabilite per la divisione in generale applicarsi fra le stirpi condividenti, come fra gli eredi i quali dividono per capo (art. 836 — 755).

677. — L'art. 445 del progetto del Codice civile, dice de lacqueminot, e l'art. 450 del progetto della commissione del governo dell'anno VIII, trovansi concepiti nel seguente modo :

« Le quote formansi da uno de' coeredi e vengono scelte successivamente dagli altri. »

« La sorte decide chi debba formare le quote e l'ordine onde debbono scegliersi. »

« Le quote non scelte rimangono a chi le abbia formate. » (Fenet, t. I, p. 422, e t. II, p. 448).

Era questa, come ben si ravvisa, l'adozione del sistema, il quale, secondo la opinione de' canonisti, era stato ammesso da parecchie delle nostre antiche consuetudini (*supra*, n° 666).

Il tribunale di cassazione, nelle sue osservazioni sul progetto, parve approvare questo articolo, dappoichè limitossi a proporre una lieve aggiunta priva d'importanza (Fenet, t. II, p. 576).

Non pertanto tal disposizione non venne definitivamente accolta.

E l'art. 834 positivamente dichiara le quote vengono in seguito estratte a sorte (confr. pure art. 466, 835 C. Nap. — 389, 754; art. 975 e 982 C. pr. — 4054 e 4058).

678. — La essenziale condizione della estrazione a sorte è ad evidenza la eguaglianza delle parti.

Ed in vero gli articoli in esame diverranno di semplice applicazione, quando i condividenti o le stirpi condividenti succederanno tutte parimenti in porzioni virili.

679. — Ma per contrario gravi difficoltà possono sorgere, quando i condividenti o le stirpi condividenti vengano chiamate in porzioni ineguali e non sieno determinate da un comune divisore.

A cagion di esempio succedano il padre o due fratelli del defunto, uno per un quarto, ed i due altri per rimanenti tre quarti.

In simil caso come debba procedersi?

Evi una dottrina, i cui propugnatori insegnano non esservi luogo ad estrazione a sorte e dover la divisione seguire per via di attribuzione.

Comunque tal dottrina non sia generalme-

te ammessa e noi stessi non avvisiamo doverlo essere, pure ora potremmo negare trovarsi sorretta da argomenti sommamente gravi.

In vero essa può venir sostenuta nel seguente modo :

1° Quando l'art. 834 (in armonia con gli art. 466 C. Nap., 975 e 982 C. pr.) dichiara le quote doversi estrarre a sorte, può volere ordinare soltanto una operazione possibile e praticabile ;

Or la estrazione a sorte è praticabile e possibile sol quando i condividenti abbiano eguali diritti ;

Dunque i lesti medesimi non ordinarono e non potevano ragionevolmente ordinare la estrazione a sorte fra' condividenti, i quali abbiano ineguali diritti.

In vero è da por mente che, mentre l'art. 834 ordina estrarre a sorte le quote, l'art. 831 comanda formarsi tante quote eguali quanti sono i condividenti o le stirpi condividenti ;

Or, se si volesse, per non violare l'art. 834, procedere per estrazione a sorte, converrebbe indeclinabilmente trasgredire l'art. 831, e formare non tante quote quanti sono i condividenti, ma formarne ora più, ora meno in ragione del numero de' condividenti.

Laonde nell'addotta specie del padre e di due fratelli, torna evidente che, se vogliasi la estrazione a sorte delle quote, non si potranno formare tante quote quanti sono i condividenti ; dappoichè vi sarebbero tre quote ciascuna di un terzo ; ed il padre ha diritto soltanto ad un quarto, mentre i due fratelli han diritto a tre quarti. Dunque che mai converrebbe praticare per rendere possibile la estrazione a sorte ? converrebbe o formare quattro quote, ciascuna di un quarto, o formare due quote, ciascuna di metà, per poscia, dopo una prima divisione fra il padre ed i fratelli, suddividere tra due fratelli i tre quarti o la metà loro spettati ; val dire che per tre condividenti si formerebbero, sia quattro quote, sia due quote : dunque l'art. 831 troverebbe manifestamente violato ; dunque l'art. 831 debbesi ravvicinare all'art. 834 ; e da tale ravvicinamento conseguita la estrazione a sorte essere effettivamente obbligatoria sol quando siavi eguaglianza di porzioni, val dire quando possansi formare tante quote eguali quanti sono i condividenti o le stirpi condividenti.

2° Altronde ben si comprende il motivo per cui il legislatore non ha ordinato la estrazione a sorte, qualora le porzioni sieno inegua-

li; val dire allora la estrazione a sorte andrebbe incontro ad estreme difficoltà ed offrire inconvenienti, non solo nocevoli pel privato interesse delle parti, ma eziandio per lo interesse generale della società.

Invero ne conseguirebbero moltiplicissimi membri e dopo essere stati così gl'immobili frazionati e divisi in una moltiplicità di piccole quote la cieca sorte li ripartirebbe nel modo più incomodo e dannoso! separando ciò che dovevasi riunire ed allacciando le varie quote le une alle altre in guisa da rendere impossibile la coltivazione: *tamquam totius corrumpendi patrimonii occasione capta*, dichiarava la legge 2 nel Codice (*Quando et quibus quarta pars*); ed osserviamo tal modo di procedere costituire una violazione positiva del testo dell'art. 832, il quale impone evitarsi, per quanto sia possibile, allo smembramento de' predii.

Siffatti inconvenienti possono anzi esser tali da dar luogo ad una vera impossibilità; come se suppongansi frazioni ereditarie di un decimo, di un quindicesimo o di un ventesimo! la quale ipotesi avverarsi anche alquanto spesso, e cui può soprattutto dar luogo la esistenza di figli naturali (V. il tomo II, n° 36).

È ben vero risponderci a tutti questi inconvenienti la vendita allo incanto costituire il rimedio, ed esser mestieri ricorrervi.

Ma estremo è cotesto rimedio! La vendita allo incanto è effettivamente una forzata appropriazione, la quale debbe essere sempre eccezionale, e soprattutto è eminentemente contraria alla regola predominante in materia di divisione, in cui ciascuno può dimandare la sua quota in natura: or gli art. 827 e 4686 — 746 e 4532 ordinano la vendita allo incanto, quando le parti non sieno di accordo e non possano liberamente disporre de' loro diritti, sol quando gl'immobili non possano comodamente dividersi; e, nella ipotesi in esame, la condizione medesima non sussiste: per contrario gl'immobili possono comodamente dividersi: quindi trattasi di adottare un modo di divisione possibile e conveniente.

Qual è mai tal modo?

Le analogie e la ragione naturalmente additano il mezzo di attribuzione:

Le analogie, desunte da ciò che praticasi rispetto a' prelevamenti, i quali si esercitano in natura senza estrazione a sorte: or il prelevamento in ultima analisi è forse altra cosa che una porzione ereditaria maggiore?

La ragione, la quale richiede che, nel si-

lenzio della legge, la quale ha indicato la estrazione a sorte pel caso in cui sia possibile, val dire pel caso in cui le porzioni sieno eguali, si abbandona alla saggezza ed alla imparzialità del magistrato pel modo di attribuzione, nel caso in cui le porzioni sieno ineguali (confr. decis. C. di Parigi 19 feb. 1809, Sirey, 1809-2-430; di Riom 17 giugno 1829, Masuer, Dev., 1832-2-340; di Tolosa 23 nov. 1832, Robert, Dev., 1833-2-236; 30 agosto 1837, Pomiau, Dev., 1838-2-384; di Caen 13 nov. 1843, Pestel, Dev., 1846-2-441; di Metz 10 giugno 1852, Adelving, Dev., 1854-2-276; Duranton, t. VII, n. 173 bis; Dissertazione nel *Giornale de' notai*, t. LV, p. 273; D. Rac. alfab., v. Successione, n. 1835 e seg.; Molloy, il quale ammette la divisione per via di attribuzione, ma semplicemente pe' mobili, *Delle liquid. giudiz.*, numero 30, 74 e 447).

680. — Comechè grave siffatta argomentazione, non ci sembra accettabile la correlativa conclusione; ed avvisiamo in nessun caso la divisione potere aver luogo per via di attribuzione, tranne quando però tutte le parti di età maggiore e dispositive libere de' propri diritti vi consentano:

4° Il novello legislatore non ha ad evidenza voluto conferire al magistrato la stessa facoltà discrezionale a costui competente nelle azioni di divisione, sia per diritto romano, sia per nostro antico diritto francese: per contrario ha determinato, con positive ed imperative disposizioni, tutte le operazioni della divisione, segnatamente ciò che riguarda il modo di distribuzione delle quote; e conseguentemente il magistrato non potrebbe allontanarsene in verun modo;

Or tutti i testi riguardanti cotesta materia, sia nel Codice Napoleonico (art. 466 ed 834), sia nel Codice di procedura (art. 975 e 982), impongono che le quote vengano estratte a sorte: avendo il legislatore indubitabilmente considerato la estrazione a sorte essere non solo la migliore, ma eziandio la indispensabile garanzia della loro equa formazione, o finalmente della eguaglianza della divisione;

Dunque le quote debbono essere di fatti, in tutti i casi, estratte a sorte.

L'art. 827 — 746 compie tale dimostrazione, disponendo che se gl'immobili non possano comodamente dividersi, debbasi procedere alla vendita allo incanto.

Dunque i due soli metodi dal Codice per-

messi sono la estrazione a sorte de' beni in natura o la vendita allo incanto.

È ben vero che l'art. 834 statuisce doversi formare tante quote eguali quanti sono gli eredi dividendi o le stirpi dividendi; ma è questa una disposizione generale, la quale si applica di fatti ne' soli casi con essa contemplati, in cui le porzioni sono eguali; ed è esagerarne l'ampiezza il volervi rinvenire una eccezione alla regola della estrazione a sorte stabilita sempre in termini assoluti; la quale eccezione sarebbe tanto più grave in quanto che ridurrebbe infinitamente il numero delle applicazioni della stessa regola.

Quindi nelle camere legislative e dallo stesso guardasigilli si riconobbe il Codice Napoleone non permettere di fatti la divisione per via di attribuzione. In tempo della discussione della legge del 2 giugno 1844, la quale modificò il Codice di procedura, M. Murat-Balange propose, nella Camera de' Deputati, una novella disposizione così concepita:

« Se i diritti de' dividendi sieno ineguali, il Tribunale potrà, dopo avere inteso il parere del consiglio di famiglia, se vi sieno tra essi minori o interdotti, ordinare per via di attribuzione, il prelevamento delle quote ineguali; ma farà estrarre a sorte tutte le quote, le quali ne saranno suscettive. »

Venne generalmente ammesso siffatta emenda tendere ad introdurre, nella nostra legislazione, una utile riforma; e se non fu accolta la ragione ne è quella adottata dal guardasigilli una disposizione, la quale modificasse le regole stabilite nel Codice civile, non doversi inserire in una legge, la quale trattasse della sola procedura (*Monitore* del 30 aprile 1844).

Dunque concludiamo il nostro Codice non permettere la divisione per via di attribuzione, ed ordinare in tutti i casi la estrazione a sorte (confr. arresto C. cass. 26 ag. 1807, Harlet, Sirey, 1807, I, 437; decis. C. di Tolosa 18 genn. 1833, Jammes, D. 1832, II, 30; arresti C. cass. 25 nov. 1834, Martaillet, Dev., 1835, I, 253; 27 feb. 1838, de Chauvelin, Dev., 1838, I, 216; decis. C. di Nancy 6 lug. 1837, Leclerc; di Bordò 30 lug. 1838, Romat, Dev., 1839, II, 94 e 162, di Angers 9 marzo 1834, Gicqueau; di Riom 23 mag. 1843, Moijner, Dev., 1843, II, 348 e 384; arresto C. cass. 19 marzo 1844, Dulac, Dev., 1844, I, 304; decis. C. di Nompellieri 14 mag. 1845, N., Dev., 1845, II, 559; arresti C. cass. 26 aprile 1807, Wermelinger,

Dev., 1847, I, 640; 27 marzo 1850, Raoult, Dev., 1850, I, 360; decis. C. di Riom 4 apr. 1854, Ives, Dev., 1854, II, 617; di Bastin 4 genn. 1858, Limperani, Dev., 1858, II, 88; Toullier, t. II, n. 428; Chabot e Belost-Jolimont, art. 834, n. 5; Malpel, n. 259; Vazeille, art. 834, n. 3; Zachariae; Aubry e Rau, t. V, p. 262; Massé e Vergé, t. II, p. 370; Demante, t. III, n. 163 bis, II, nota 4).

681. — Non pertanto il vero sì è il nostro Codice non avere determinato il metodo cui converrebbe ricorrere, quando i coeredi dividendi o le stirpi dividendi, avendo diritti ineguali, la estrazione a sorte in tale stato ed a prima giunta addivenga impossibile.

Debbesse forse inferire potersi ricorrere alla sola vendita allo incanto, quante volte di fatti le porzioni ereditarie saranno ineguali?

Questa parrebbe essere la conclusione dell'onorevole Duvergier (*ved. Collez. della leggi*, t. XLI, p. 280, nota 2; confr. eziandio arresto C. cass. 19 marzo 1844, Dulac, Dev., 1844, I, 304).

Ma cotesta radicale conclusione, la quale renderebbe sì notevolmente più gravi gl' inconvenienti apposti alla regola della estrazione a sorte, non ci sembra giustificata; e noi avviammo che, nel silenzio della legge su tal punto, spetta al magistrato adottare il miglior metodo per conseguire il risultato di rendere possibile la estrazione a sorte.

E dobbiamo ora investigare quali metodi possano adoperarsi all' uopo.

682. — Non potrebbe forse fare dapprima, su la massa, a pro del dividendo la cui porzione eccede quella degli altri, il prelevamento di tale eccedenza, per procedere di poi alla estrazione a sorte fra tutti dello loro quote eguali in avvenire?

Non avviammo così: in vero questo prelevamento consisterebbe in una quota di attribuzione per la parte de' beni che comprendesse: or nè per una parte nè per lo intero la divisione può farsi in tal guisa. È ben vero che l' art. 830 — 749 permette il prelevamento in natura a pro de' coeredi, cui lo stesso coerede non faccia loro in natura la collazione da lui dovuta loro; ma primieramente il testo medesimo è speciale; ed in secondo luogo lo è d. l. pari il motivo su cui poggia; dappoiché il prelevamento in natura in tal caso è lo equivalente del vantaggio fatto all' erede donatario, il quale non conferisce i beni da lui ricevuti in natura; e pre-

cisamente a ristabilire così l'egualianza; mentre il prelevamento a pro dell'erede il quale abbia la maggior porzione non avrebbe veruna causa simigliante; e però ben lungi dal ristabilire la egualianza produrrebbe l'unico risultamento di distruggerla! (Confr. Demante, t. III, n. 463 bis, II).

683. — A parer nostro vi sono due soli mezzi di rendere possibile la estrazione a sorte, quando i diritti ereditari sieno ineguali.

Dilemma:

O bisogna prendere per misura la porzione ereditaria più tenue; ridurre tutte le frazioni ad un comune denominatore; formare quindi tante quote quante volte la frazione così denominata trovisi nel tutto; poscia attribuire, per estrazione a sorte, a ciascuno tante quote quante glie ne sono necessarie per conseguire la intera sua porzione;

O bisogna prendere per misura la porzione ereditaria maggiore; formare tante quote soltanto quante volte la porzione medesima trovisi nel tutto; e poscia, dopo una prima estrazione a sorte, la quale attribuirà una di tali quote a colui al quale spetta la porzione maggiore, procedere ad una novella ripartizione e ad una novella divisione dell'altra quota fra coloro cui spettano le porzioni più tenui.

Così, per esempio, suppongasi tra gli eredi, uno de' quali avesse diritto alla metà, e gli altri due ciascuno ad un quarto:

Nella prima operazione dovrebbero farsi quattro quote: l'erede, il quale ha diritto alla metà ne estrarrebbe due a sorte; e ciascuno de' due altri eredi, il quale ha diritto al quarto, ne estrarrebbe una.

Nella seconda operazione dovrebbero dapprima formarsi soltanto due quote da estrarre a sorte; una di queste quote formerebbe la porzione dell'erede, il quale ha diritto alla metà, e l'altra quota stessa dovrebbe poscia suddividersi in due quote da estrarre a sorte fra' due eredi, il cui diritto è di un quarto.

Se poi nessuna di queste due operazioni sembri potersi convenientemente praticare, è forza ricorrere alla vendita allo iucanto.

684. — Compete al magistrato il determinare quale di questi due metodi debbasi adoperare in preferenza, avuto riguardo alle particolari circostanze del fatto, al numero degli eredi ed alla estensione de' loro diritti, alla importanza ed alla natura de' beni, secondo che sieno più o meno comodamente divisibili, ec.

Il primo metodo, consistente nel prendere per misura la porzione ereditaria più tenue e formare tanto quote quante volte questa porzione trovisi nel tutto, offre certamente un vantaggio, val dire che somministra a ciascuno de' coeredi la sua porzione di beni in natura; ma necessita smembramenti spiccevoli in sommo grado; ed abbiamo scorto i propugnatori della divisione per via di attribuzione avere ben compreso tutta la forza degli argomenti, che potevano desumerne nello interesse della loro dottrina (*supra*, n. 679): quindi, comunque taluni autori sembrano proporre cotesto metodo qual regola generale da osservare (ved. Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 264), avvisiamo tale inconveniente essere sì grave da renderlo per contrario sempre sommamente malagevole, e spesso anche assolutamente impraticabile.

Il secondo metodo, quello consistente nel prendere per misura la porzione ereditaria maggiore, ed indi procedere ad una suddivisione fra' coeredi cui spettano porzioni più tenui, mentre ovvia alla necessità degli smembramenti troppo molteplici, offre pure il vantaggio di somministrare a chi debba conseguire la porzione ereditaria maggiore la porzione medesima in natura; dappoichè la intera quota devolutagli dalla sorte gli apparterrà esclusivamente.

Laonde non esitiamo ad affermare cotesto metodo essere infinitamente da anteporre al primo, e doversi in generale osservare, quante volte i beni componenti ciascuna delle quote potranno dividersi, e conseguentemente, dopo la prima divisione tra colui o coloro cui spettano le porzioni più tenui, costoro potranno ottenere del pari beni in natura della suddivisione da seguire tra essi.

Ma per contrario può avvenire che i beni, onde trovisi formata una delle quote, per procedere alla prima ripartizione, non sieno suscettivi di venir poscia suddivisi in tante quote quante sono le porzioni più tenui, e che divenga indispensabile la vendita allo iucanto; ed allora va incontro a gravissima obbiezione cotesto metodo, dappoichè somministra beni in natura soltanto a chi debba conseguire la maggior porzione, soggettando per contrario coloro cui spetta la porzione più tenue alla necessità della vendita allo iucanto per far cessare la indivisione in cui trovansi ancora: anzi è uopo soggiungere la vendita medesima, applicabile ad una sola porzione, spesso potere aver luogo a condizioni più svaa-

taggiose che se avesse avuto luogo, innanzi della prima divisione e per la totalità. Coteati inconvenienti sono effettivi o gravi indubitabilmente: quindi la corte di cassazione cassò una decisione con cui erasi statuito, tra un figlio erede per antiparte, il quale aveva diritto alla metà, e due altri figli i quali avevano diritto ciascuno ad un quarto, la divisione della massa doversi fare primieramente in due quote, e quella quota attribuita dalla sorte a' due figli i quali prendevano ciascuno un quarto, doversi poscia vendere allo incanto tra essi (Arresto 40 mag. 1826, Turquis, G. del F., t. LXXVI, p. 14; confr. pure decis. C. di Bordò 30 lug. 1835, Romat, Dev., 4839-2-94).

Cotesta soluzione ci pare di fatti ben fondata, ma nondimeno con una emenda da Demante (t. III, n. 436 bis, III) suggerita, e da noi pienamente adottata, val dire che i coeredi cui spettano le porzioni più tenui potranno escludere tal modo di divisione sol quando vi avessero un legittimo interesse: or non vi avrebbero un legittimo interesse, ove supponendosi in fatti la vendita allo incanto particolare cui dovranno procedere, per la suddivisione tra essi, non produrre risultamenti più svantaggiosi di quelli prodotti dalla vendita allo incanto generale fra tutti. Si sosterrà forse cotesto metodo offendere allora la eguaglianza, dappoiché colui al quale spetta la maggior porzione conserverà la sua quota in natura, mentre coloro cui spettano le porzioni più tenui conseguiranno la loro quota in contante? è ben vero; ma il vantaggio dell'uno non gli verrà fatto in detrimento degli altri; e siccome costoro dovrebbero sempre venir trattati nella stessa guisa, sia che il loro coerede conseguisse la sua porzione in natura, sia che la conseguisse in contante, così non possono negargli un vantaggio da cui non omerge per essi veruno detrimento!

La corte di Bordò, con la su riferita decisione, obbietta coloro cui spettano le porzioni più tenui avranno sempre interesse ad opporsi a cotesto modo di divisione, pel motivo che così si troverebbero astretti a sopportare soli tutte le spese della vendita allo incanto, che converrebbe fare tra essi! ma la obbiezione si troverebbe di leggieri rimossa, ponendo le spese medesime a carico della massa (confr. decis. C. di Nimes 30 luglio 1838, Romat, Dev., 4839-2-94; Marcadé, art. 834, n. 4).

685. — Si è mossa quistione se questo se-

condo sistema da noi esposto, il quale consiste nel procedere innanzi tutto ad una prima divisione della massa totale, per quindi procedere ad una o più divisioni di una o più delle sue porzioni, dovesse osservarsi nelle due seguenti ipotesi, cioè:

1° Quando la eredità, spettata ad ascendenti o collaterali, si divida, in conformità dell'art. 733, in due porzioni eguali, una pe' parenti della linea paterna, l'altra pe' parenti della linea materna; i quali possono essere in numero ineguale in entrambe le linee;

2° Quando la eredità, essendo spettata al padre ed alla madre ed a fratelli o sorelle o discendenti da essi, si divida, a norma dell'art. 748 — 671, in due eguali porzioni, di cui metà trovasi attribuita al padre ed alla madre o l'altra metà a' fratelli o sorelle o discendenti da essi.

Taluni giureconsulti sembrano insegnare l'affermativa per massima; ed avvisano che, per procedere regolarmente, conviene fare una prima divisione della eredità, sia fra parenti dell'una e dell'altra linea, sia fra genitori ed i fratelli e sorelle o discendenti da essi: quindi dunque, secondo questo sistema, tal modo di divisione costituirebbe una legale conseguenza degli art. 733 o 748 e delle chiamate ereditarie da essi stabilite (confr. Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, n. 609 o 682; Mourlon, Ripet. scrit., t. II, p. 439; Taulier, t. III, p. 292).

Confessiamo cotesto modo di procedere potere spesso sortire sommi vantaggi; ma ci sarebbe impossibile lo ammettere derivare, come effetto legale, da' su riferiti articoli: in vero abbiamo già osservato da un lato che l'art. 733, il quale stabilisce questa ripartizione della eredità fra le due linee, è relativo allo stabilimento de' diritti ereditari, o meno, al modo di divisione; e d'altro lato che l'art. 748 neppure stabilisce veruna ripartizione della eredità fra genitori ed i fratelli e sorelle (ved. il t. I, n. 367 e 454.) Gli eredi chiamati dalla legge, in ambedue le ipotesi, succedono dunque per capo o per stirpe, secondo i casi, in conformità delle regole ordinarie; e nessun testo permette riunirne determinato numero, per attribuir loro una sola porzione, che dovrebbero poscia suddividere tra essi.

L'art. 831 ammette cotesto sistema di riunione relativamente alle stirpe conviventi, riguardo a cui di fatti è sommamente logico; dappoiché i rappresentanti succedono tutti,

per *modum unius*, al rappresentato e quindi non possono avere altri diritti che quelli attribuiti al rappresentato: dalle quali cose conseguita potersi adottare, rispetto ad essi, lo stesso modo di divisione che avrebbesi potuto adottare riguardo a lui, senza potere egli obbiettare che il modo onde formansi le quote potrebbe produrre il risultamento di attribuire a' loro condividenti beni in natura, ed asstringerli alla vendita allo incanto; dappoichè l'oggetto che loro spetterà sarebbe indivisibile; di fatti gli altri condividenti non debbono aver riguardo, per quanto il loro interesse potrebbe soffrirne, alla necessità di tale suddivisione fra' membri della stirpe condividente.

Ma avviene diversamente nelle nostre due ipotesi; dappoichè ciascuno degli eredi, sia nel caso contemplato con l'art. 733, sia nel caso contemplato con l'art. 748, viene individualmente chiamato: quindi ciascuno di essi ha un diritto ad una quota distinta; e si potrebbero, a parer nostro, riunire nella operazione della divisione, sol quando tal modo di procedere non arrecasse loro veruno nocumento, val dire che vi sarebbe luogo ad adottare, riguardo ad essi, tal modo di divisione, negli stessi casi in cui potrebbesi adottare rispetto agli altri eredi, cioè a condizione che non riuscisse loro nocivo (confr. decisi. C. di Bordò 30 lug. 1838, Romat, Dev., 1839-2-91, Marcadé, art. 831, n. 4; Demante, t. III, n. 463 bis, IV).

686. — Essendo la divisione per via di attribuzione impossibile in caso di disaccordo degli eredi o incapacità di uno di essi, anche quando il magistrato stimasse tal modo di divisione essere il migliore nello interesse comune e collettivo di tutti i condividenti, con maggior ragione è mestieri riconoscere essere impossibile, quando trattasi dello interesse particolare ed indivisibile di uno o più di essi.

Alquanto spesso parecchie quote di attribuzione vengono così dimandate.

A cagion di esempio, uno de' coeredi ha venduto o donato un oggetto della eredità;

Ovvero uno di essi ha fatto, sopra un immobile ereditario, lavori, costruzioni;

E dimanda, per via di attribuzione, lo immobile da lui alienato o su cui ha fabbricato.

Tale attribuzione potrebbe spesso sembrare, in caso similante, abbastanza equa, quando gli altri eredi non abbiano altronde interesse ad opporvisi.

Ma è da reputare indubitato non potersi

ordinare senza il loro unanime consenso, e quindi poter venire ordinata sol quando sieno capaci di consentirvi. Nel caso opposto la regola della estrazione a sorte debbesi mantenere; e l'erede il quale abbia commesso tali imprudenze, debbe accagionarne se stesso (confr. decisi. C. di Tolosa 30 ag. 1837, Pomiau; di Caen 3 marzo 1838, Gaubert, Dev., 1838, II, 350 e 384; di Montpellier 16 mag. 1845, N..., Dev., 1845, II, 550; Chabot, art. 834, n. 5, e Belost-Jolimont, Osserv. 4; Vazeille, art. 824, n. 2; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 262; Massé e Vergé, t. II, p. 370; Dutruc, n. 453).

687. — In ultima analisi potrebbesi ordinare l'attribuzione di una quota, a titolo di danni inteoresti, a quel coerede il quale avesse commesso deterioramenti su taluni beni ereditari; ed avvisiamo di fatti che se allora venisse dimandata contro di lui dagli altri eredi di tutti di accordo e capaci, i quali chiedessero che la cosa deteriorata venisse attribuita all'autore de' deterioramenti, il magistrato potrebbe far diritto alla dimanda medesima (arg. degli art. 1382, 1383 — 1336, 1337; confr. le considerazioni della su riferita decisione della Corte di Caen 3 mag. 1838, Gaubert, Dev., 1838, II, 350).

688. — Non puossi negare le varie illazioni testè additate, comunque plausibili, a parer nostro, sotto il punto di veduta legale, lasciare nondimeno molto a desiderare, sotto il punto di veduta della esecuzione e della pratica utilità; e se è vero che la estrazione a sorte sia una garanzia efficace e forse anche necessaria, come il nostro legislatore ha divisato, della eguaglianza delle divisioni, è nono altresì ammettere tal modo di procedere produrre spesso notevoli complicazioni e risultamenti ben poco soddisfacenti.

Quindi di frequente nell'uso viene tralasciato; e tuttodì osserviamo divisioni fatte per via di attribuzione, senza aver le parti precisamente conferito questa facoltà a periti nè al notaio; ma il notaio disdende così il suo lavoro; e poscia ciascuno accetta di poi senza reclamo la quota attribuitagli.

Ciò suppone per altro che tutti i coeredi sieno presenti, di età maggiore e dispositori de' loro diritti.

Ed abbiamo osservato eziandio che, qualora si trovino fra essi minori o interdetti, spesso ricorresi al mezzo della transazione per sottrarsi alla necessità della estrazione a sorte (supra, n. 608).

689. — Abbiamo esposto le condizioni e le formalità richieste nelle divisioni giudiziali. Quale ne è mai la sanzione?

Ovvero, in altri termini, quale è l'effetto, sia della osservanza, sia della inosservanza di tali condizioni e formalità?

L'art. 840 — 759 è all'obbietto così concepito:

« Le divisioni fatte in conformità delle regole sopra stabilite, sia da tutori, con l'autorizzazione del consiglio di famiglia, sia da minori emancipati assistiti da loro curatori, sia in nome degli assenti o non presenti, sono definitive: se non sono state osservate le regole prescritte, le divisioni non sono che provvisoriale. » (agg. art. 466 — 389).

E primamente nulla evvi di più semplice, quando le formalità sieno osservate: lo effetto della osservanza delle regole stabilite si è, in conformità del testo in esame, esser definitiva la divisione, val dire che gli eredi minori, interdetti o non presenti, sono in obbligo di rispettarla, come se essi medesimi l'avessero consentita con piena capacità: tale doveva essere di fatti la conseguenza delle garanzie stabilite dal legislatore per queste divisioni (Agg. art. 434 — 4268; e ved. il nostro *Trattato della minore età*, ec., t. I, n. 812 e seg.).

690. — Ma non torna molto agevole determinare quale sia lo effetto della inosservanza delle regole fermate.

Le divisioni in questo caso, a norma del testo in esame, non sono che provvisoriale.

E l'art. 466 aveva già parimente dichiarato:

Qualunque altra divisione sarà considerata come provvisoriale.

Or non è impresa agevole il desumere le conseguenze di un tal carattere attribuito alla divisione giudiziale, in cui le forme stabilite non sieno osservate; e forse lice divisare il legislatore, adoperando cotesta formola, non avervi posto ben mente. Almeno lo indubitato si è la dottrina e la giurisprudenza aver sempre molto stentato a scoprirne il senso genuino, ed offrire ancora oggi, su tal punto, somme incertezze ed eziandio alquanto confusione.

Accenniamo primamente quali sieno gli effetti risultanti dalla vera divisione provvisoriale, val dire da quella cui viene impresso tal carattere dalla volontà delle parti stesse,

quando abbiano voluto effettivamente fare una divisione provvisoriale.

Questi effetti sono principalmente:

A. Ciascuna delle parti aver diritto di dimandare la divisione definitiva;

B. Poter essa formare tal dimanda in ogni tempo, e senza esser necessario dimandare preventivamente la rescissione o la nullità della divisione provvisoriale;

C. Ciascuna di esse conservare i frutti degli oggetti formanti la sua quota nella divisione provvisoriale per quanto sia durata (*supra*, n. 542 e 588).

Tali sarebbero, a parer nostro, gli effetti della divisione provvisoriale, consentita fra persone di età maggiore ed il tutore del minore, o un minore emancipato (*supra*, num. 587).

Altronde avvisiamo non esser necessario però aver le parti positivamente dichiarato esser loro intendimento fare soltanto una divisione provvisoriale: tale intendimento dovrebbe in generale presumersi, sia perchè potevano fare unicamente questa specie di divisione, ed è ragionevole presumere aver voluto ciò che potevano volere; sia perchè non debbesi di leggieri presumere gli eredi di età maggiore aver consentito ad accettare una posizione tanto ineguale quanto quella risultante, per essi, da una divisione definitiva fatta, senza osservanza di formalità, con minori o altri incapaci; sia finalmente perchè le divisioni provvisoriale han luogo alquanto d'ordinario in tali circostanze, per attendere quindi che cessi l'ostacolo fra le parti ad una divisione definitiva amichevole.

Dunque dovrebbero considerarsi le parti avere inteso fare una definitiva divisione sol quando il loro intendimento chiaramente risultasse, sia da termini dell'atto, come se, per esempio, avessero stipulato una clausola penale, pel caso in cui una di esse lo impugnasse; sia da tutto le circostanze del fatto (confr. decis. C. di Tolosa 7 apr. 1834, *Condere*, Dev., 1834, II, 341; arresti C. cass. 24 giugno 1839, *Desaphix*, Dev., 1839, I, 615; 9 marzo 1846, *Muel*, Dev., 1846, I, 451; decis. C. di Douai 7 giugno 1848, *Salignot*, Dev., 1849, II, 362).

Anzi è mestieri andare più oltre; e non esitiamo a divisare la divisione provvisoriale, fatta tra un erede di età maggiore ed il suo coerede minore o interdetto, senza intervento del tutore, doversi porre riguardare come divisione provvisoriale, se venisse dimostrato

in fatto le parti avere avuto effettivamente lo intendimento di farla così. Indubitatamente in questo caso la divisione potrebbe venir dichiarata nulla, anche come provvisoriale, nello interesse del minore; e costui potrebbe dimandarne la nullità, affiacchè ogni godimento rimanesse in comune, mentre l'erede di età maggiore non avrebbe questo diritto (art. 4125 — 4079); ma un diritto, pertinente all'erede di età maggiore del pari che al minore, sarebbe quello di dimandare la divisione definitiva: indarno obbietterebbesi la nullità essere relativa; dappoichè è manifesto non esservi, sotto questo rapporto, nullità da dimandare avverso tale atto; le parti hanno inteso fare una semplice divisione provvisoriale: or il diritto di dimandare la divisione definitiva, dopo cotesta divisione provvisoriale, compete a ciascuna delle parti: dunque l'individuo di età maggiore, il quale dimanda la divisione medesima, non si prevale momentaneamente della incapacità del suo coerede; esercita un diritto inerente allo stesso carattere dell'atto, che la incapacità del minore non potrebbe mutare; e la reciprocità è, in questo caso, come dichiarò la Corte di cassazione, una conseguenza della stessa natura delle cose (Arresto 9 marzo 1856, Muel, *supra*).

Son questi gli effetti della divisione provvisoriale, quando le parti abbiano voluto effettivamente fare una semplice divisione provvisoriale.

691. — Ed ora dimandiamo se il legislatore, dichiarando semplicemente provvisoriale le divisioni da farsi giudizialmente, od in cui non si fossero osservate le regole imposte, abbia inteso attribuire a tali divisioni gli stessi effetti che abbiamo scorto emergere dalle divisioni provvisoriale, tali secondo lo intendimento delle parti.

Questa sembra essere la dottrina di Demante, il quale insegna che:

« Per ben intendere la disposizione dell'art. 840, il quale dichiara provvisoriale la divisione irregolarmente consentita da un incapace o in nome suo, è uopo supporre la persona incapace di procedere alla divisione definitiva avere almeno qualità per la divisione provvisoriale: in vero allora, dice il dotto giuriconsulto, è naturale presumere tutte le parti aver voluto fare ciò che fosse permesso e niente di più. » (T. III, n. 470 bis, I).

Quindi, in conformità di questa dottrina, la disposizione dell'art. 840, il quale dichiara

provvisoriale le divisioni medesime, sarebbe applicabile sol quando le parti effettivamente potessero presumersi aver voluto fare una divisione provvisoriale.

Ma se per contrario cotesta presunzione di volontà da parte loro tornasse impossibile, sia perchè la capacità loro mancasse pure per procedere ad una semplice divisione provvisoriale, sia, in tutti i casi, perchè avessero appalesato lo intendimento di procedere ad una divisione definitiva, l'art. 840 non sarebbe applicabile: vi sarebbe luogo a considerare la divisione come definitiva, e quindi colpita da nullità suscettiva di dedursi unicamente dallo incapace, e soltanto entro il decennio (art. 1125 e 1304 — 1079 e 1258).

Non avvisiamo cotesta interpretazione dell'art. 840 essere ben fondata.

Non è già che noi non siamo pur coarctati la questione d'intenzione essere uno degli elementi precipui della decisione da emettere in coteste specie di affari; e per l'opposto opinione essere essenziale, innanzi tutto, ben determinare la fatto se le parti abbiano inteso procedere ad una divisione provvisoriale o ad una divisione definitiva (ved. il nostro *Trattato della minore età* ec., t. I, n. 725).

Ma qual differenza intercede fra la dottrina nostra e quella professata da Demante?

La differenza si è che, a credere dell'eminente autore, l'art. 840 si applica al caso in cui le parti abbiano fatto e possano presumersi aver voluto fare semplicemente una divisione provvisoriale;

Mentre per contrario, a parer nostro, applicasi al caso in cui abbiano voluto procedere a definitiva divisione.

E ci pare agevole la nostra dimostrazione: Qual è mai lo scopo dell'art. 840, quando dichiara simultaneamente da un lato che le divisioni, in cui siensi osservate le regole imposte, reputansi definitive; e d'altro lato che le divisioni, in cui le regole medesime non siensi osservate, reputansi provvisoriale?

Ad evidenza si è lo stabilire la sanzione delle regole imposte, affinchè sieno definitive le divisioni in cui trovinsi interessati minori, interdetti o non presenti.

Or le divisioni medesime, del pari che ogni altra, possono esser definitive sol quando le parti ebbero lo intendimento di farle così.

Dunque l'art. 840 mira a questa ipotesi; dunque suppone una divisione che le parti hanno inteso rendere definitiva, senza osservare le regole imposte; e precisamente rispet-

to a tali specie di divisioni, dichiara essere semplicemente provvisoriale.

Che cosa vuol ciò dinotare?

Che allora la divisione non è più provvisoriale, *ex consensu*, nè per intenzione delle parti, e che il carattere medesimo le viene impresso dalla sola legge, la quale ha sanzionato in tal guisa le regole da essa imposte nello interesse degl' incapaci.

Fermata questa base, dobbiamo investigare quali saranno gli effetti di tali divisioni le quali, difinitive secondo la volontà delle parti che le fecero, reputansi meramente provvisoriale, in conformità dell' art. 840.

E ci sembra utile disaminare le tre quistioni da noi antecedentemente risolte riguardo alla divisione provvisoriale per volontà delle parti cioè:

A. Da quali parti potrà dimandarsi, in questo caso, la divisione difinitiva?

B. Durante qual tempo? e sarà forse necessario dimandare preventivamente la nullità o la rescissione della divisione provvisoriale?

C. Quali saranno gli altri effetti di tal decisione?

692. — A. Dimandare da quali parti la divisione difinitiva potrà chiedersi è dimandare, in altri termini, se la seguita divisione debbasi considerare come provvisoriale, non solo riguardo a coeredi non presenti, minori o interdetti, ma eziandio riguardo agli altri coeredi, i quali abbiano potuto validamente consentirla come difinitiva.

In vero taluni professano la opinione essere provvisoriale la divisione riguardo a tutti i coeredenti indistintamente, e conseguentemente, ciascuno di essi poter dimandare la divisione difinitiva:

Da un lato, affermarsi, il testo dell' art. 840 esser georico; e dichiarando che *la divisione non sono che provvisoriale*, se le regole imposte non siensi osservate, attribuisce loro colesio carattere rispetto a tutti;

D' altro lato sarebbe una situazione affatto anormale quella risultante da una divisione simultaneamente difinitiva da un lato e provvisoriale dall' altro; dappoichè gli uni si troverebbero così in balla degli altri, i quali potrebbero tenerli, pel corso di un trentennio, almeno, in una incertezza contraria del pari al loro privato interesse ed allo interesse generale dello Stato (confr. Delvincourt, t. II, p. 48, nota 4; Duranton, t. VII, n. 479; Coulo, *Quist. di Dir.*, t. II, p. 247, de Frémioville, *della Minore età*, t. II, n. 579).

Per contrario avvisiamo la divisione, in questo caso, esser provvisoriale riguardo agli eredi non presenti, minori o interdetti, e quindi di essi soli poter dimandare una novella divisione:

1° A ooma dell' art. 4123—4079, le persone capaci di obbligarsi non possono opporre la incapacità di quelle con cui abbiano contratto (agg. art. 225—214);

Or i coeredi, capaci di fare la divisione difinitiva, potessero effettivamente consentire una divisione difinitiva con que' loro coeredi non capaci di consentirla;

Dunque la divisione debbe esser difinitiva, riguardo ad essi; ed ognuno non possono prevalersi del mezzo emergente dalla incapacità de' loro coeredi.

E questa la regola generale.

2° Gli art. 466 ed 840 vi han forse derogato in materia di divisione? niente affatto! quegli articoli però non trattano dello effetto della divisione difinitiva rispetto alle parti capaci di consentirla! ed è manifesto essere uocicamente relativo alle parti capaci: quindi per esempio, non potrebbesi negare che, quando, nella sua prima parte, l' art. 840 dichiara che le divisioni, in cui sieno interessati incapaci, fatte in conformità delle regole imposte, sono difinitive, intendo dinotare *esser difinitive riguardo agl' incapaci*; e quindi non potrebbesi negare che quando, nella sua seconda parte, l' art. 840 soggiugue che se le formalità imposte non siensi osservate, *non sono che provvisoriale*, intende dinotare similmente essere *provvisoriale riguardo agl' incapaci* (confr. art. 463 e 434—386 e 4268).

3° Aggiugniamo i testi degli articoli in esame, così intesi, essere sommanente unisoni a' principi ed alla ragione; dappoichè, per principio e per ragione, la inosservanza delle formalità stabilite nello interesse di una delle parti, non dee potere dar luogo, tranne ad una causa di nullità relativa, la quale può semplicemente dedursi dalla parte, nello interesse di cui trovansi stabilite queste formalità.

Tali principi rinvengonsi fermati con gli art. 466 ed 840: ciò che scorgesi di speciale soltanto nelle loro disposizioni si è che in vece di considerare la divisione come difinitiva riguardo agl' incapaci, attribuendo loro, secondo il diritto comune, un' azione di nullità o rescissione avverso la divisione, gli articoli medesimi la dichiarano provvisoriale riguar-

do a loro: questa modificazione de' principii generali è indubitabilmente importante; ma essa è l'unica apportata dagli articoli in esame nella subbietta materia.

4. Finalmente, circa gl'inconvenienti della incertezza in cui trovansi quindì i coeredi incapaci, puossi rispondere dapprima tale essere la conseguenza di ogni contratto da una parte capace formato con un'altra incapace: soggiugniamo potere altronde tale incertezza cessare in due guise:

Sia mercè la rinunzia, che gli eredi non presenti, minori o interdetti, nel momento della divisione facessero da sè medesimi e di proprio modo, al diritto loro competente di dimandare una novella divisione; dappoichè non ammettiamo la opinione di Duranton, il quale divisò cotesta divisione andando riguardata non annullabile, ma provvisoriale, non essere suscettiva di conferma, nè tacita nè espressa, eziandio mercè volontaria esecuzione (confr. altresì decisi. C. di Nanci 11 dic. 1837, Romfort, Dev., 1838-1-437). Concedasi pure non essere suscettiva, se così vogliasi, di conferma propriamente detta, ma almeno è forza parimente ammettere ciascuno poter rinunziare ad un diritto a lui competente, e le parti dapprima incapaci potere validissimamente, quando sieno divenute capaci, rinunziare al diritto di dimandare una novella divisione, attenendosi a quella già fatta (confr. arresto C. cass. 48 dic. 1837, Fournier, Dev., 1838, I, 345; 4 mag. 1858, Le Testu-Pontry, Dev., 1858, I, 673; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 840, Osserv. 3; Ponjol, art. 810, n. 6; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 264).

Sia per effetto della costituzione in mora che i coeredi, riguardo a cui la divisione è definitiva, potrebbero, a parer nostro, fare a' loro coeredi, riguardo a' quali la divisione è semplicemente provvisoriale, per dovere, dupo il ritorno loro, la loro maggiore età o la rimozione della loro interdizione, dichiarare se intendano attenersi alla divisione medesima o dimandarne una nuova. Rispetto a noi, abbiamo diviso non essere impossibile accordare in generale codesto diritto d'interpellazione alla parte capace, la quale abbia contrattato con una parte incapace (ved. il nostro *Trattato del matrimonio e della separazione personale*, t. II, n. 346); a fortiori avvisiamo cotesto diritto competere qui a' condividenti capaci; dappoichè puossi fondare in modo speciale su l'articolo 845 — 734, il qua'o

permette ad ogni coerede dimandare una divisione positiva ed assoluta la quale faccia compiutamente cessare la indivisione (confr. decisi. C. di Limoges 27 genn. 1824, Porcher, Sirey, 1826-2-187; Coulon, Quist, di Dir., loc. sopra cit.; Aubry e Rau sopra Zachariae, t. v, p. 252).

Dunque concludiamo la divisione essere allora provvisoriale unicamente riguardo a' coeredi incapaci, i quali quindi possono soli dimandare una novella divisione (confr. decisi. C. di Lione 4 apr. 1810, Chardon, Sirey, 1813, II, 290; arresto C. cass. 30 ag. 1815, Vaudrenot, Sirey, 1815, I, 404; decisi. C. di Colmar 28 nov. 1816, Michel, Pfeiffer, Sirey, 1817, II, 445; di Agen 12 nov. 1823, Amouroux, Sirey, 1825, II, 74; di Bordò 46 mag. 1834, Denois, Dev., 1835, II, 192; arresto C. cass. 21 lug. 1845, Mas Saint-Marthe, Dev., 1836, I, 288; decisi. C. di Montpellier 46 ag. 1842, Jsard, Dev., 1843, II, 448; Merlin, Rep., v. *Divisione*. § 7; Aubry e Rau sopra Zachariae, t. v. p. 251; Taulier, t. III, p. 295; Malpel, n. 318; Ponjol, art. 840, n. 3; Chabot, art. 840, n. 7; Belost-Jolimont, ed Osserv. 3).

693. — B. Que' coeredi, riguardo a cui la divisione è semplicemente provvisoriale, son forse tenuti, per poter dimandare una divisione definitiva, chiederne preventivamente la nullità o la rescissione, ed agire all'uopo nel corso del decennio, in conformità dell'art. 4304 — 4258?

Si è inseguita l'affermativa; anzi è forza affermare emergere di necessità dalla dottrina professata da Demante, il quale effettivamente ne desume tal conseguenza (t. III, n. 470 bis, I; agg. Taulier, t. III, p. 295; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 840, Osserv. 3).

Ma per contrario la negativa necessariamente emerge altresì dalla dottrina da noi suggerita, come la più ben fondata interpretazione, a creder nostro, dell'art. 840.

In vero, quando siasi proceduto semplicemente a provvisoriale divisione, puossi, senza abbisognare di dimandarne la nullità o la rescissione, dimandare una divisione definitiva e puossi dimandare in ogni tempo;

Or la divisione è meramente provvisoriale riguardo agli eredi non presenti, minori o interdetti; non è una divisione definitiva, annullabile o rescindibile; è, riguardo ad essi, ciò che diviene essenziale a non mai dimenticare/ una semplice provvisoriale divisione;

Dunque possono, senza abbisognare di dimandarne la nullità o la rescissione, dimanda-

re una definitiva divisione, e dimandarla in ogni tempo.

In ogni tempo! sì, nel senso che la loro azione per ottenere una definitiva divisione, non potrebbe perire per effetto di estintiva prescrizione, ma potrà perire per effetto della prescrizione acquisitiva, incorsa a pro de' coeredi, riguardo a cui la divisione si considera definitiva; i quali perciò posseggono ciascuno separatamente, pro suo, i beni loro spotati; ed i quali potrebbero conseguentemente, trascorso il trentennio, oppugnare l'azione di divisione, in forza dell'ultima disposizione dell'art. 816 — 735.

Duranton, il quale ammette cotesta soluzione, quando la divisione si sia consentita dal minore o dallo stesso interdetto (t. VII, n. 479); ed il vero si è potersi affermare l'art. 840 riferirsi al solo primo caso.

Non pertanto ci parrebbe più unisono alla general teoria del Codice, nella subbietta materia, lo applicare l'art. 840 a tutt' i casi distintamente (confr. Delvincourt, t. II, p. 48, nota 4, Toullier, t. II, n. 535; Chabot, art. 840, n. 5; Poujol, art. 810, n. 4; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 253-255).

694. — C. Finalmente rimane a conoscere quali sieno gli effetti di tal divisione, definitiva riguardo agli uni, e provvisoria riguardo agli altri.

A parer nostro torna di semplicissima dilucidazione questo ultimo punto.

Se la divisione non venga impugnata entro il termine in cui doveva esserlo, o le parti, riguardo a cui era semplicemente provvisoria, rinunzino al diritto di dimandarla altra, non vassi incontro a difficoltà veruna; addivene e rimane in avvenire definitiva rispetto a tutti.

Se per contrario coloro riguardo a quali era semplicemente provvisoria dimandino una novella divisione, non potranno dimandare avverso i loro coeredi, del pari che i loro coeredi non potrebbero dimandare contro di essi, la comunanza de' frutti raccolti da ciascuno; dappoiché affermare, come fa l'art. 840, esser le divisioni meramente provvisorie riguardo agli eredi incapaci, è affermare essere provvisorie, eziandio rispetto ad essi; e se sono provvisorie, eziandio rispetto ad essi, la conseguenza si è non esservi luogo da parte di alcuno alla collazione de' frutti percepiti.

Demante ammette pure cotesta soluzione; ma lice dividerla non essere unisona alla dottrina di Demolombe, Vol. VIII.

trina professata dal dotto autore, il quale considera in questo caso la divisione, non come provvisoria ma come annullabile riguardo alle parti incapaci; dappoiché richiede che elleno ne dimandino la nullità nel caso del decennio, in conformità dell'art. 1304 — 1258.

Cotesta soluzione è per contrario una conseguenza affatto logica della nostra dottrina, in conformità di cui la divisione è allora relativamente agli incapaci, in ogni punto e sotto ogni rapporto, una divisione meramente provvisoria (confr. Duranton, t. VII, p. 178; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 254; Chabot, art. 840, n. 6; e Belost-Jolimont, Oesere. 2 o 3).

695. — IV. Finalmente l'art. 842 — 761 contiene una disposizione relativa alla esecuzione della divisione, così concepita:

« Compita la divisione, si dovranno rimettere a ciascuno de' condividenti i documenti relativi agli effetti speciali che loro sono pervenuti.

« I documenti di una proprietà divisa rimangono a quella che ne ha la maggior parte con l'obbligo di comunicarli a quelli fra' suoi condividenti che vi avranno interesse, ogniqualvolta ne venga richiesto.

« I documenti comuni alla intera eredità si consegneranno a colui che tutti gli eredi hanno scelto per esserne il depositario con l'obbligo di somministrarli a' condividenti ad ogni loro domanda.

« Se vi è difficoltà sulla scelta, essa verrà determinata dal giudice ».

In vero i titoli non possono costituire l'oggetto di una divisione, nè di una vendita; e conseguentemente faceva uopo determinarsi dal legislatore ciò che diverrebbero: quindi riunendosi parimente all'oggetto speciali disposizioni, sia nel diritto romano, sia nel nostro antico diritto fraese (confr. L. 5, ff. famil. ercisc.: Lebrun, lib. VI, cap. 4, n. 46; Pothier, delle Success., cap. II, sez. 1, § IX).

L'art. 842 distingue tre casi:

1° Ove trattisi di titoli particolari agli oggetti spettati ad uno de' coeredi, debbono precisamente a costui consegnarsi i titoli medesimi e; sotto questo rapporto l'art. 842 al certo nulla riacchiude di speciale: esso applica semplicemente alla divisione una regola di diritto comune e di ragione (red. art. 4615 — 1461).

2° Ove trattisi de' titoli di una proprietà, divisa e ripartita in più quote, debbono con-

segnarsi a colui al quale spetta la maggior porzione, *apud eum maneat, qui majore ex parte haeres sit*, aveva pure affermato Gaio (*loc. supra*), o con sommo fondamento, avendovi quello il maggiore interesse; e lo interesse medesimo costituisce, per gli altri, la miglior garanzia delle cure che apporterà alla conservazione de' predetti titoli.

3° Da ultimo quando trattasi di titoli comuni a tutta la eredità, è forza ricorrere al seguente dilemma:

O tutti gli eredi sono di accordo nello affidarne il deposito ad uno di essi, ed allora precisamente l'erede prescelto ne diviene depositario. Ben si ravvisa non trattarsi qui unicamente di maggioranza, e richiedersi la unanimità: tutti gli eredi, dichiara l'art. 842 (confr. Chabot, art. 842, n. 2); ma opineremmo i tutori potere in simil caso validamente consentire in nome de' minori e degli interdetti, alla scelta di un erede come depositario; essendo questo effettivamente un atto di amministrazione (art. 450—373);

Se gli eredi non pongansi di accordo intorno alla scelta, l'erede cui dovranno consegnarsi i titoli debbesi indicare dal magistrato, val dire dal tribunale, e non dal giudice delegato, il quale, come osservammo, può semplicemente conciliare le parti, se sia possibile, e non mai statuire su le loro contese. Qui, afferma il nostro onorevole collega Taulier, la legge prende la parte pel tutto (t. III, p. 294; *supra*, n. 638; conf. Chabot, art. 842, *loc. supra*; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 255; Massé e Vergé, t. II, p. 367; Dutruc, n. 466).

696. — Qualora nessuno degli eredi volesse accettare la consegna de' titoli, il magistrato dovrebbe allora ordinare depositarsi presso un notaio a spese comuni.

697. — Ben si comprende che, ne' due ultimi casi contemplati con l'art. 842, l'erede depositario de' titoli è tenuto, quando ne venga richiesto, di somministrarli a quei coeredi e quali vi avessero interesse.

Ed all'uopo debbe distendersene breve elenco, affinchè ne abbia il carico e ne divenga quindi responsabile verso i suoi coeredi (confr. Bioche, *Diz.*, v. *Licizione* § 4, art. 9, n. 208).

Se l'erede depositario, richiesto a dare comunicazione de' titoli, vi si negasse e non eseguisse la sentenza che l'avesse ordinata, è manifesto che diverrebbe responsabile de' danni, che il suo rifiuto ovvero semplicemente il suo ritardo avessero potuto cagionare a' suoi

coeredi (arg. dagli art. 1382, 1383 — 1337).

698. — Se vi siano titoli particolari a delle linee soltanto, deggionsi consegnare eredi di questa linea; e tra essi è nopo care le disposizioni dell'art. 842.

699. — Che mai dinota il vocabolo menti adoperato nell'articolo in esame

Ed a quali oggetti precisamente si ap

Non sembra dubbio che il legislatore l'art. 842, abbia segnatamente in mira strumenti, sia autentici, sia privati, s'anti i diritti del defunto su gli oggetti ditali: *si quae sint cautiones haereditum* secondo la espressione di Gaio (*loc. cit.*, n. 694); ed abbiamo osservato di tale significazione del vocabolo *documenta* vasi assai di frequente usitata (*red. il Trattato della distinzione de' beni, della prietà*, ec., t. I, n. 597).

Tali sono gli atti comprovanti l'acdegli immobili, i crediti, le divisioni fa famiglia, ec.; e, come documenti comutta la eredità, i contratti di matrimonio gli atti relativi allo stato civile del de ci o più generalmente della famiglia, cor alberi genealogici, ec., tutti gli atti in ma tendenti a dimostrare il diritto degli su' i beni, val dire su tutti i valori mai e venali, onde si compone la eredità.

700. — Ma che mai è da statuire, riga taluni oggetti di un ordine particolare quali non presentino cotesto carattere nale valore?

Intendiamo parlare de' diplomi del delle sue carte domestiche, della sua spondenza, delle croci cavalleresche, medaglie, delle armi di onore, de' su de' ritratti di famiglia, ec., i quali po rinvenirsi nella eredità.

In qual modo la ereditaria trasmissione queste specie di oggetti debbesi deterre? ed a quali degli eredi deggionsi cgnare?

Nella nostra antica giurisprudenza fra se era dottrina insegnata da tutti i giurulti e generalmente praticata *cotesti nenti*, come egliino esprimevansi nel lo spetoso e poetico linguaggio, doversi aff al primogenito della famiglia: reputavansi oggetti, atteso la loro natura, estrane regole ordinarie della trasmissione de' be testata, e venivano attribuiti al primogeno anche quando rinunziasse alla eredità: biamo soggiungere che, a norma di un

nione alquanto diffusa; tal prerogativa aveva luogo nella linea retta; ma non pertaoto erano molte province in cui veniva ammessa eziandio in linea collaterale a pro del più prossimo parente (confr. *Lehrun*, lib. IV, cap. 4, n. 45; *Pothier, delle success.*, cap. II, sez. 4, § 9; *Introd. al tit. X della cons. di Orleans*, n. 96; e *della comunione*, parte IV, cap. II, art. 4, n. 682; *Novello Denizart*, v. *Primogenitura*, § 2, n. 6; *Davot e Bannelier loc. supra cit.*; *Rousseau de La Combe*, v. *Divisione*, sez. III, n. 42, p. 475).

Il nostro legislatore ha serbato silenzio su tal punto; e quindi non è molto agevole risolvere rigorosamente la questione, quando sorga fra eredi i quali non possono porsi di accordo amichevolmente circa il modo di ripartizione o attribuzione di queste specie di oggetti.

Noi osserveremo:

Tutti gli oggetti rinvenuti nella eredità debbono comprendersi nella divisione in conformità delle regole stabilite dalla legge tranne quando la stessa legge ne gli abbia eccettuati con un testo speciale;

Or nessun testo eccettua dalle regole ordinarie della divisione i vari oggetti di cui trattisi;

Dunque debbono come tutti gli altri oggetti della eredità, andare sottoposti alle regole ordinarie della divisione.

Faremo dapprima osservare nessuno ammettere questa radicale conclusione: generalmente riconoscesi l'art. 842 doversi applicare alle lauree, a diplomi o brevetti ed alla corrispondenza del defunto; ed in vero è forza ciò riconoscere! avvegnachè quale uso si farebbe di tali oggetti, i quali sono indivisibili, ed apparentemente neppur comportano la vendita all'asta pubblica!

Ma le opinioni non sono più concordi, quando trattisi di taluni altri oggetti, come i ritratti di famiglia, le armi del defunto, ec.; anzi in questi ultimi tempi si è scritto tutti tali oggetti soggiacere oggi alla sorte degli altri mobili (*Dutruc*, n. 466; *ed. pure Giornale del Foro*, t. II, del 1846, p. 716, nota 1; e *Mollot, Delle liquid. giudiz.*, n. 476).

La qual cosa vuol dinotare che coeredi, figliuoli, potrebbero venire astretti a vedere vendere alto iocando i ritratti de' loro congiunti, la spada, la croce di onore del padre loro! in quanto a noi riproviamo cotesta esorbitante logica, la quale renderebbe ragionevoli i lamenti, onde dovunque vengono acca-

gionate, ahimè! già con troppo fondamento, le nostre moderne società del loro eccessivo trasporto verso i materiali interessi! serbiamo pure il collo de' morali interessi, delle più rimembranze, delle tradizioni de' domestici lari e dell'onore delle famiglie!

Al certo il consiglio di Stato non divisava che gli eredi volessero mai vendere le armi del loro autore, quando, col suo parere del 5 nebbioso anno XIII, statuiva che:

» Le armi di un militare debbono inviarsi al sindaco del comune del domicilio del defunto per consegnarsi da questo magistrato, con solennità ed in presenza del consiglio municipale, a' suoi eredi... »

Dunque ad evidenzia taluni oggetti, comunque non eccettuati con un testo speciale dalle regole ordinarie della divisione, nondimeno non vanno sottoposti alle regole medesime, sia per effetto del loro essenziale carattere, sia in forza delle più antiche tradizioni, sia finalmente in forza dell'uso, *la regola delle regole e la legge delle leggi!* dice Montaigne. Chi potrebbe mai preteendere, per esempio, che gli avelli di famiglia debbono dividersi al pari della prateria o del bosco? (Confr. *decis. C. di Lione* 19 feb. 1856, *Dupot de Chavagnex*, *Dev.*, 1856, II, 307; ed il tomo II, di questo Trattato, n. 453).

Indubitabilmente fa di mestieri non troppo estendere coteste specie di eccezioni: che non vi si vogliano comprendere, per esempio, i manoscritti del defunto, destinati a pubblicarsi per le stampe, noi non possiamo disconvenirne (confr. *Thomine-Desmazures, della Proc. civ.* n. 4146; *Biocbe, della Divisione*, n. 207); se non vogliamci occultare dalla divisione i libri annotati di pugno del padre, che tutti i nostri maggiori nulladimeno erano di accordo ad eccettuarne, noi pure vi consentiamo; ma la croce di onore! e le armi ed i ritratti di famiglia! segnatamente i ritratti de' genitori e de' prossimi parenti noi non sapremmo plaudire una dottrina, la quale gli assomiglia agli altri mobili della eredità! e poco monterebbe, a parer nostro, che il ritratto fosse lavoro di sommo artista ed avesse considerevole artistico valore: è desso il ritratto del *de cuius* o del prossimo parente? non debbesene considerare il merito nè il valore; e debbe sempre porsi *extra bona*. Gli art. 533 e 534 — 458 e 449 nulla offrono di osteggiante cotesta dottrina; avvegnachè riguardano le medaglie ed i quadri in generale; e non mirano specialmente a quel genere par-

ticolare di medaglie e ritratti, subbietto della nostra attuale questione.

È questa la nostra tesi: spetta alla saggezza del magistrato il mantenerla in quei convenienti limiti, in cui serberà la moralità sua, senza offendere gravemente alcun pecuniario interesse.

704. — Ora rimane a conoscere a chi deggionsi affidare coteste specie di oggetti.

Forse al primogenito? ciò non ci pare potersi stabilire oggi per massima: Delvincourt ha saggiamente osservato che d'ordinario vengono consegnati al primogenito (t. II, p. 48, nota 3), ma non ha affermato in diritto doverglisi consegnare.

Si procederà forse alla estrazione a sorte? tanto statui il tribunale civile di Caen con sentenza del 12 maggio 1830 (causa Deschamps); in una specie in cui i ritratti di famiglia non erano in numero sufficiente per potere averne ciascuno de' coeredi; e tale sembra essere eziandio la dottrina sancita dalla Corte di Parigi (decis. 24 novembre 1816, Devilliers, G. del F., t. II, del 1846, p. 716). Ma cieca è la sorte; e potrebbe essa attribuire il ritratto del defunto o la sua croce di onore ad un dissoluto, interdetto forse o sottoposto a consulente giudiziario, ed il quale non sarebbe sicuro, come esprimevasi Lebrun precisamente in tal congiuntura (loc. supra cit.)

Se ne ordinerà forse la vendita allo incanto fra' coeredi? ma lo inconveniente può essere lo stesso; e poi ciascuno comprende quanto il metodo della vendita all'asta pubblica, anche quando venga circoscritta fra' coeredi, possa offendere legittime suscettibilità e delicate convenienze.

Dunque che mai rimane?

Un mezzo, a parer nostro, semplicissimo e sommamente giuridico; val dire l'applicazione a questa specie di oggetti dell'art. 842.

Tutti i coeredi sono forse di accordo per affidarne il deposito ad uno di essi? niente di meglio.

Non possono forse porsi di accordo? il tribunale dovrà destinare il depositario; e saranno sicuri almeno che questi preziosi oggetti verranno affidati, come è necessario che lo sieno, a quello fra' coeredi, il cui nome godrà miglior fama (Lebrun loc. supra).

Cotesta applicazione dell'art. 842 ci pare nel tempo stesso sommamente ragionevole e logica.

In vero l'art. 842 si applica, ne' termini più generici, a' documenti comuni all'inter-

ra eredità, val dire a quegli oggetti, i quali non possono dividere né vendere;

Or le croci di onore, le armi, i ritratti, ec., sono effettivamente documenti comuni alla intera eredità, i quali non sono suscettivi di divisione né di vendita;

Dunque l'art. 842 è loro applicabile, nel suo spirito del pari che nel suo senso letterale.

È questo articolo, relativamente a' titoli, non avendo ammesso la estrazione a sorte, né la vendita allo incanto fra' coeredi, ma la decisione del giudice, vi sarebbe manifesta contraddizione nel non osservare la stessa regola, riguardo a tutti gli oggetti dello stesso genere.

Ma ben si scorge che, adottata una volta cotesta regola, ne conseguita il magistrato non potere più oggi, a differenza del nostro antico diritto, affidare tal deposito ad un erede il quale avesse rinnanziato, se ve ne fossero altri i quali avessero accettato; e noi ammettiamo tanto più tal conseguenza che ci sembra unisona a' principi: in vero l'erede stesso, con la sua rinunzia, ha troncato, rispetto a' suoi coeredi, il vincolo che lo annodava alla eredità.

CAPITOLO VI.

(CONTINUAZIONE).

SEZIONE I.

§ IV.

Del retratto successorio.

SOMMARIO.

702. — Esposizione.

703. — Criterio storico.

704. — Continuazione.

705. — Continuazione.

706. — La facoltà di concludere dalla divisione il cessionario di diritti successorii ha forse il carattere di retratto?

707. — Continuazione.

708. — Continuazione.

709. — Continuazione. — Conclusione.

710. — Per qual motivo i compilatori del Codice Napoleone non hanno adoperato la denominazione retratto successorio?

711. — Su quali motivi poggia la disposizione dell'art. 842?

712. — Continuazione. — Valutazione di questi motivi.

713. — Continuazione.

714. — Continuazione.

715. — Divisione.

702. — « Qualunque persona ancorchè parente del defunto che non sia in istato suc-

« cessibile, ed a coi un coerede abbia ceduto i suoi diritti all' eredità, può essere esclusa dalla divisione da tutti i coeredi o da uno solo, rimborsandogli il prezzo della cessione. »

Così è concepito l' art. 841 — 760, unica disposizione che rinviensi nel nostro Codice, la quale tratti di cotesta importante e procaccida materia, generalmente denominata nell'odierno diritto *retrato successorio*.

703. — Siffatto stabilimento è di francese origine; e venne appo ooi introdotto dalla giurisprudenza de' parlamenti.

Non pertanto è da riflettere sembrare a stento esservi allignato, e tutto quanto il riguarda, la filiazione sua, il suo carattere, e per sino il nome suo, essere stato più o meno ondeggiante e contraddetto.

704. — Per comune opinione, altresì la più verosimile, il retratto di diritti successorj procede dal retratto di diritti litigiosi; e, nel principio, fu una dura e semplice applicazione estensiva delle famose leggi del Codice giustiniano, *Per diversus et ab Anastasio* (L. 22 e 23, *Mandati*).

Positivamente così avvisa Lebrun:

« Se uno degli eredi ceda i suoi diritti alla successione a qualche estraneo, in tal caso gli altri eredi vengono ammessi a rimborsare l' estraneo medesimo, per impedirgli di mischiarsi tra loro, e conoscere i segreti di famiglia: abbiamo esteso sino a questo punto le leggi *Per diversus et ab Anastasio*, comunque tacciansi intorno a siffatto caso; la qual cosa abbiamo praticato per la ragione esservi d' ordinario vessazione o estremo interesse da parte dello estraneo curioso di sapere le altrui faccende; *curiosus, quin sit malevolus*, dice Plauto. » (Lib. IV, cap. II, sez. III, om. 66).

È ben vero taluni aver diviso il retratto successorio poter essere stato occasionato dall' antico retratto di convenienza e comunione (Davot e Bannelier, t. IV, p. 318; Novello Denizart, v. *Cessione di diritti successorj*, § 4, n. 3; Merlin *Rep.*, t. XVI, v. *Diritti successorj*, § 42).

Un tempo veniva così denominato il diritto, conceduto da alcune consuetudini a tutti i condomini d' immobili, di ricomprare la porzione indivisa, che uno di essi aveva venduto ad uno estraneo: cotesta specie di retratto era altresì sussistita nel romano diritto per sino al regno di Teodosio il Grande (*ed. l. 11, Cod. de contrahend. empt.*); e parrebbe

tanto più ben foodato lo investigarvi la origine del retratto successorio, in quanto che di fatti offre col retratto medesimo più simiglianza che col retratto di diritti litigiosi. Non pertanto opiniamo esser sufficiente consultare le decisioni de' parlamenti, onde venne fermato il retratto successorio, per ravvisare che la nostra antica giurisprudenza ne desunse il tipo dalle costituzioni di Anastasio e Giustiniano, e che così estese semplicemente a compratori di diritti successorj la disposizione, che le Costituzioni de' due imperatori avevano applicata soltanto a compratori di diritti litigiosi (*confr. decisioni de' 30 sett. 1588; 28 apr. 1589; 3 aprile 1613; 41 gen. 1713; 26 ag. 1734, ec.; Brodeau sopra Louët, lettera C, n. 13; Lebrun, loc. supra cit.; Flaust, t. II, p. 314*).

705. — Lo indubitato si è che lo stabilimento di cotesto retratto venne vivamente oppugnato.

Nello stesso perimetro giurisdizionale del parlamento di Parigi, il quale nulladimeno vi era più inclinatorio, venne pure, in occasione della decisione del 26 agosto 1738, calorosamente oppugnato, come afferma Merlin (*Rep.*, t. IV, v. *Diritti successorj*, § 8).

E, nella maggior parte delle altre giurisdizioni, i giureconsulti, i quali sembravano manifestare il pubblico sentire, vigorosamente l' osteggiavano!

È questo un abuso, esclamava Bannelier sopra Davot, ed una mera dimenticanza di diritto! (t. III, p. 759).

Essendo sorta la quistione nel 1768, nel perimetro giurisdizionale della consuetudine delle Marche, facevasi osservare le leggi romane invocate riguardare i diritti litigiosi, ma non diritti successorj, *statuti e spiegati testualmente dalla consuetudine*: accagionavasi al parlamento di Parigi lo avere arbitrariamente invaso il dominio delle leggi; e con decisione del 27 agosto 1768 la prima camera de' ricorsi rigettò la domanda di retratto (*confr. Antico Denizart, t. III, v. Per diversus, n. 2*).

706. — Potrebbe si meravigliare dello estremo disfavore, di cui cotesto stabilimento fu un tempo l' obbietto; dappoichè è noto per contrario lo estremo favore onde godeva, sotto l' antico reggimento, tutta la materia de' retratti, i quali erano numerosissimi con molteplici e varie denominazioni.

Ma si è recisamente sostenuto che siffatta facoltà di escludere dalla divisione lo estra-

Kaenigswarter, *Rivista di legislazione* di Wolowski, 1844, t. III, p. 517-522).

È parimente vero che la Convenzione nazionale emise nel 19 fiorile anno II un decreto, il quale dichiarava colpito dall'abolizione de' retratti il retratto di convenienza o successorio.

Ma innanzi tratto, relativamente a questo ultimo decreto, il quale giugnere per sino a dichiarare nulla la sentenza del tribunale che avesse ammesso il retratto medesimo, siccome non sembra essersi giammai pubblicato, così non era addivenuto legge dello Stato.

E, circa gli altri decreti di generale abolizione de' retratti, per la ragione stessa che non venivano applicati al retratto di diritti litigiosi, neppur dovevansi applicare al retratto di diritti successorii, il quale era una estensiva applicazione del retratto di diritti litigiosi, ed il quale assumeva, al pari di questo, uno special carattere affatto diverso dal carattere degli antichi retratti consuetudinarii (confr. arresto C. cass. 25 vendem. anno V; 11 germ. anno X ed 8 glaciale anno XII, Sirey, XII, 1, 181; 20 marzo 1828, Delivet, D. 1828, 1, 485; decis. C. di Digione 26 lug. 1832, Menaud, Dev., 1834, 1, 312; ved. nondimeno decis. C. di Angers 27 piovoso anno XII, Jomet, Dev. e Car. Collez. nuova I, II, 478; di Limoges 21 dic. 1828, Jaudier, Dev., 1832, 1, 852; Toullier e Duvergier, t. II, n. 434).

Dunque storicamente si è potuto affermare che la facoltà di escludere dalla divisione il cessionario di diritti successorii non venne considerata qual retratto nel nostro antico diritto.

709.—Ma scientificamente al certo non sarebbe ben fondato il pretendere cotesta facoltà non assumere il carattere di retratto.

« Il diritto di retratto insegna Potbier, non è altro che il diritto di assumere il posto altrui, e rendersi compratore in vece sua. » (*Trattato de' retratti*, n. 4).

Or quale è mai la ipotesi contemplata con l'art. 844 — 760.

Un coerede ha ceduto a persona non capace di succedere il suo diritto alla eredità; e conseguentemente il cessionario avrebbe diritto di partecipare alla divisione della eredità medesima.

Ebbene / il legislatore permette agli altri coeredi escludere cotesto cessionario, rimborzandogli il prezzo della cessione.

La qual cosa ad evidenza dinota: assumere

il posto altrui, e rendersi compratore in vece sua;

E, per adoperare la vera espressione, ritirare, esercitare il retratto.

Dunque la facoltà di escludere dalla divisione il cessionario di diritti successorii costituisce quella specie di operazione denominata retratto.

Dunque potremo, nella interpellazione del su riferito art. 841, cotanto laconico per una sì vasta materia, ricorrere, non solo agli articoli 1699 e 1700 — 4545 e 4546, i quali ritengono il primitivo retratto di diritti litigiosi, da cui per estensione è derivato il retratto di diritti successorii, ma altresì alla maggior parte de' principii regolatori de' retratti nella nostra antica giurisprudenza (confr. articolo di Labbé, *Rivista crit. di giurispr.*, 1855, p. 142, 143).

710.—Se i compilatori del nostro Codice non additarono cotesto retratto con la sua denominazione, tal circostanza non può farci dubitare della sua verace natura.

Di fatti è noto nel nostro antico diritto non rinvenirsi ad esso attribuita quella denominazione, comunque nulladimeno venisse già un tempo denominato in alcune province retratto di coeredi, ovvero retratto successorio (ved. Merlin, *Rep. hoc verb.*)

Ma inoltre il vocabolo retratto suonava sinistramente nel 1804, e rimembrava al pari del vocabolo servitù, un sistema annichilito dal politico rivolgimento del 1789 e che la Francia non voleva ripristinato. Dunque è probabile che il legislatore del 1804 abbia schivato di adoperare il vocabolo retratto per gli stessi motivi che lo indussero a schivare l'uso delle espressioni servitù personali e predio servente e dominante, val dire ad obbietto di non ridestare le nazionali suscettibilità, in quel tempo ancora vivissime (ved. il nostro *Trattato della distinzione de' beni, della proprietà e dell'usufrutto*, t. II, n. 211; ed il nostro *Trattato delle servitù*, t. I, n. 3).

Ma la pratica e la dottrina non sonosi fermate a siffatta scrupolosità: talchè la denominazione di retratto successorio, vi si rinviene in generale sommanente usitata per dinotare la facoltà conceduta con l'art. 844 a' coeredi di escludere dalla divisione il cessionario de' diritti successorii.

Non pertanto autori proseguirono a denominarla azione di surrogazione (ved. segnatamente Chabot, art. 844).

711.— Il legislatore, con lo stabilire cote-

sto ritratto, non mirò alla conservazione dei beni nella famiglia, al quale obbietto, un tempo miravano gli antichi ritratti e massime il ritratto familiare.

Molto meno volle somministrare a' coeredi del cedente la occasione di un vantaggio, offrendo loro la facoltà di appropriarsi il fatto del cessionario!

Due considerazioni di altro ordine furono segnate nel suo movente; talchè egli ebbe in mira;

Da un lato il garantire le famiglie dalla intrusione degli estranei, i quali volessero indiscretamente mescolarsi nel segreto delle loro faccende;

D'altro lato, e precipuamente garantirele dalla cupidigia litigiosa de' compratori di diritti ereditari.

Il primo di siffatti motivi non è al certo sformito di gravità; e torna incontestabile avervi il legislatore avuto riguardo.

Ma avvisiamo che col sancire l'art. 841 ebbe soprattutto per iscopo di preservare i coeredenti dalle brighe e contese, cui la presenza di un estraneo cessionario potrebbe esporli; e precisamente a parer nostro, questo secondo motivo predominar dee nella interpretazione di quello articolo e somministrare il migliore scioglimento delle molteplici quistioni che ne derivarono.

742.—Tali furon sempre, noi osserviamo, le due considerazioni invocate per motivare lo stabilimento di quel ritratto.

Le considerazioni medesime sono forse decisive? e sono forse sufficienti a giustificare l'offesa, al certo grave, arrecata da cotesto stabilimento, sia al diritto di proprietà, sia alla libertà delle convenzioni?

A parer nostro, in legislazione, procaccia addivene siffatta tesi. Si è scorto che essa era sommamente agitata nel nostro antico diritto; ed in questi ultimi tempi lo è stata con molta vigoria.

Relativamente al primo motivo, il quale è, diceva Bannelier (*loc. supra cit.*), il *pretesto di scoprire i segreti di una famiglia*, fa di mestieri convenire non sembrare perentorio; avvegnachè estranei han diritto di partecipare alla divisione, senza esservi mezzo di escluderli, i quali hanno la facoltà d'intervenirvi, ed il cui intervento anzi è inevitabile, quando trovisi decotto o fallito (art. 882 — 802).

Rispetto al secondo motivo, ohimè! troppo spesso si ravvisano gli stessi coeredi offrire

tra loro lo spettacolo delle scissure e de' giudizi! ed altronde non puossi forse rispondere che se è importante il garantire i coeredi dalle esigenze di uno speculatore, torna altresì rilevante il rispettare il diritto di dominio e la libertà delle convenzioni? I diritti ereditari, in ultima analisi, appartengono all'erede al pari degli altri beni suoi: dunque debbe avere la facoltà di disporre, e torna manifesto non poterne più vantaggiosamente disporre, anzi intrarne sempre un prezzo minore del loro effettivo valore, tosto che chi acquisti trovisi esposto a vedersi spogliato de' vantaggi tratti dalla compra: non debbesi forse temere di porre così il coerede debole, come esprimevansi i nostri maggiori, in balia de' coeredi accreditati? precitante per ovviare a cotesto pericolo gli estranei vengono ammessi alla licitazione. Da ultimo, quando pongasi mente alle simulazioni di ogni sorta, onde le parti cercano schivare lo sperimento del ritratto successorio, e conseguentemente tutte le controversie emergenti dal ritratto medesimo, disvelate da' molteplici giudici, di cui veggiamsi ricorre le nostre raccolte di giurisprudenza, lice chiedere se i vantaggi che può procacciare compensino gl'inconvenienti che ne emergono, e se al postutto non sursero più giudizi col ritratto successorio che non ne sarebbero sorti senza di esso!

743.—Chechè ne sia, il legislatore del nostro Codice il sancì; ed il vero si è che, ammesso il ritratto di diritti ereditari, il quale ne costituisce una estensiva applicazione, e forse anche abbastanza naturale per dover l'uno, come è accaduto, trar seco l'altro.

Di tutti lo intendimento è lo stesso in entrambi i casi; e lo scopo che trattasi di raggiungere pressochè similante.

Evvi un genere d'industria consistente nel comprare diritti incerti e non liquidati; diritti litigiosi, diritti ereditari; industria di quegli avidi speculatori dalla legge romana con vivaci colori dipinti: «... *Alicuius rebus fortunisque inhiantes.* » (L. 22, Cod. Mandati).

La lontananza degli eredi dal luogo dell'apertura della successione, il desiderio loro di ovviare agl'impacci ed alle lentezze di una liquidazione, segnatamente il bisogno di contante il quale spesso rende loro malagevole l'aspettativa, costituiscono le precipue ragioni da cui fluiscano siffatte innumeri specie di cessioni ed il successo degli speculatori che le esercitano!

Ebbene ! precisamente avverso di essi il retratto medesimo è rivolto.

Il legislatore volle impedir loro di penetrare curiosamente ne' segreti delle famiglie, cessare e molestare con giudizi i veri eredi, come affermava Brodeau (sopra Louët, lettera C. som. 43, n. 2): soprattutto egli considerò esser d'essi quasi sempre un ostacolo a' scambi, a' concessioni ed alle convenzioni amichevoli, che indubbiamente lice più sperare fra coeredi, coesiguiti gli uni agli altri pe' vincoli di parentela e pel loro comune rispetto per la memoria del proprio autore.

E, sotto questo punto di veduta, il retratto successorio è commendevole qual mezzo di mantenere in seno delle famiglie la buona intelligenza e la pace, talchè la Corte di cassazione ha potuto dichiarare :

» Importare alla buona morale ed all'ordine pubblico che speculatori estranei non vengano a partecipare alle faccende de' consuecibili. » (Arresto 26 giugno 1836, Thorel D. 1836, I, 252).

714. — Ma nulladimeno, ad onta di ecotesta considerazione, non potrebbesi disconvenire il retratto medesimo costituire, nel nostro odierno diritto, una eccezione ed effettivamente un' anomalia.

Con qualsivoglia denominazione venga denominato, azione di surrogazione, diritto di preacquisto, retratto successorio, è desso effettivamente una forzata spropriaione !

» Atteso, dichiarò similmente la Corte di cassazione, che la disposizione dell' art. 841 è eccezionale e ad evidenza opposta al diritto comune, mirando a privare il compratore del vantaggio emergente da un contratto permesso dalla legge, per attribuirlo, in suo detrimento, ad un terzo, il quale non vi fu parte... » (Arresto 21 aprile 1830, Thillaye, D. 1830, I, 214).

È questo indubbiamente un grave motivo per severamente applicare tal disposizione entro i limiti fermati dal legislatore.

Ma contemporaneamente convorrà lasciare tutta quell' ampia applicazione di cui è suscettiva, in conformità del testo della legge e de' suoi motivi.

715. — Dobbiamo, intorno a questo subbietto, d' esaminare le quattro seguenti questioni :

I. Avverso quali persone e da quali possa sperimentarsi il retratto successorio ;

II. Quali cessioni possono dar luogo al retratto successorio,

DEMOLOMBE, Vol. VIII.

III. Con quali condizioni e per quanto tempo il retratto possa sperimentarsi ;

IV. Da ultimo quali sono gli effetti, sia della domanda di retratto, sia del retratto stesso.

I.

Avverso quali persone e da quali può sperimentarsi il retratto successorio ?

SOMMARIO.

716. — Stabilita int ma correlazione fra due punti: avverso chi e da chi possa esercitarsi il retratto successorio ?
717. A. — Il retratto può esercitarsi avverso ogni cessionario non successibile del defunto. — Quale è qui il senso del vocabolo successibile ?
718. — Il retratto non può esercitarsi avverso l'erede legittimo.
719. — Né avverso il successore irregolare.
720. — Né avverso il legatario o il donatario universale, e a titolo universale la piena proprietà o la nuda proprietà.
721. — L'erede col beneficio dell'inventario non va sottoposto a retratto al pari dell'erede puro o semplice.
722. — Non è da aver riguardo, sia alla importanza più o meno notevole del detto ereditario, sia alla diversa natura de' beni che i successibili debbono conseguire.
723. — Reciprocamente il retratto può esercitarsi avverso ogni persona non successibile. — Anche parente del defunto.
724. — Non basterebbe, per evitare il retratto, che il cessionario venisse chiamato dalla legge a succedere al defunto, se costui l'avesse escluso dalla successione.
725. — Anzi poco monta che il cessionario sia effettivamente successibile del de cuius, se la credita cui trovasi obbligato, sia diversa dalla eredità su cui abbia acquistato diritto qual cessionario. — Esempio.
726. — L'erede il quale abbia rinunziato non potendosi considerare qual successibile. — Avvicine lo stesso dell'erede escluso come indegno.
727. — Continuazione. — Qu d, nulladimeno, se avesse rinunziato per astenersi alla donazione o al legato, sia universale o a titolo universale, sia a titolo particolare ?
728. — Il retratto può forse esercitarsi avverso il cessionario, il quale, senza essere successibile, trovasi esser precisamente il parente succeduto al de cuius in mancanza del cedente ?
729. — Può forse esercitarsi avverso il successibile, il quale, dopo aver ceduto il suo diritto alla eredità, abbia fatto retrocedere il diritto medesimo dal cessionario ?
730. — Continuazione. — Qual, se il successibile, il quale abbia ceduto i suoi diritti, fosse divenuto cessionario non de' diritti da lui ceduti, ma de' diritti di altro successibile ?
731. — Il retratto può esercitarsi avverso il legatario o il donatario a titolo particolare, cessionario di un diritto alla eredità.
732. — Può forse esercitarsi avverso il legatario o il donatario estrattuale, in usufrutto, della universalità o di una quota-parte della universalità de' beni del defunto ?
733. — O avverso il marito, reclusosi in suo particolare nome cessionario di uno de' eredi della moglie ?

- 751.—O avverso il superstite fra due coniugi in comunione di beni, rendutosi cessionario di un diritto nella eredità del suo coniuge premorto?
- 752.—Quando la eredità si divide fra parenti della linea materna, degnansi forse riguardare successibili i parenti di una delle linee rispetto a' parenti dell'altra linea?
- 753.—Continua ont. — La stessa questione può sorgere relativamente a' parenti de' vari rami o stirpi i quali possono venire chiamati alla successione.
- 754.—Il retratto successorio può esercitarsi, sia da tutti i coeredi, sia da un solo. — Quali e qual il senso del vocabolo *coerede*?
- 755.—Continuazione.
- 756.—Il retratto successorio può esercitarsi dall'erede legittimo.
- 757.—Dai successori irregolari.
- 758.—Da' legatari e da' donatari universalmente o a titolo universale, in piena proprietà o in nuda proprietà.
- 759.—L'erede col beccello dello inventario può esercitare il retratto al pari dell'erede puro e semplice.
- 760.—Non debbo si aver riguardo alla importanza più o meno notevole del diritto ereditario, né alla vasta natura de' beni consegnati dai successibili.
- 761.—Il parente, essendo in grado comunemente prossimo, non può esercitare il retratto successorio, se non sia successibile.
- 762.—Poco monta altresì che chi voglia esercitare il retratto sia parente e successibile, se non trovi chiamato alla stessa eredità su cui un diritto si sia ceduto a colui che egli pretendesse escludere. — Esempio.
- 763.—Il retratto non può esercitarsi dall'erede che il de cuius abbia escluso dalla eredità.
- 764.—Né dall'erede, il quale abbia rinunziato o sia stato escluso come indegno.
- 765.—Continuazione. — *Quid*, se l'erede avesse rinunziato per atterrirsi alla donazione o al legato?
- 766.—Il coerede il quale avesse alienato i suoi diritti ereditari, potrebbe forse dappoi esercitare il retratto successorio?
- 767.—Continuazione.
- 768.—Il retratto successorio non può esercitarsi dal legatario particolare.
- 769.—Né dal donatario o dal legatario di usufrutto sia universale, sia a titolo universale.
- 770.—Né dal marito cessionario, in proprio nome, de' diritti di un coerede della moglie.
- 771.—Se dal superstite fra due coniugi in comunione di beni, il quale si fosse renduto cessionario di un diritto nella eredità del coniuge premorto.
- 772.—Quando la eredità si divide fra la linea paterna e la materna, i successibili di una delle linee possono forse esercitare il retratto successorio contro il cessionario de' successibili dell'altra linea?
- 773.—La stessa questione può sorgere relativamente ai successibili appartenenti a stirpi o rami diversi.
- 774.—Il cessionario non successibile non potrebbe esercitare il retratto avverso un altro cessionario non successibile.
- 775.—Il diritto di retratto successorio è forse personale ai coeredi? ovvero in altri termini, può forse esercitarsi da persone diverse da essi, sia durante la loro vita, sia dopo la loro morte?
- 776.—I. Il diritto di retratto non può cederli.
- 777.—*Quid*, se l'erede avesse ceduto i vantaggi eventuali che il retratto potrà produrre, riservandosi l'esercizio del retratto?
- 778.—I coeredi di uno de' coeredi possono forse esercitare il retratto successorio in nome del loro debitore?
- 779.—Se uno de' coeredi avesse alienato tra vivi i suoi diritti ereditari, il donatario potrebbe forse esercitare il retratto successorio?
- 780.—Il diritto di retratto successorio si trasmette a tutti i successori universali dell'erede.
- 781.—Puossi forse esercitare dal curatore alla eredità giacente?
- 782.—Il coerede il quale abbia di propria ragione, il diritto di esercitare il retratto successorio avverso il cessionario de' diritti ereditari, dovrebbe forse nondimeno essere dichiarato incapace di esercitarlo, se fosse divenuto erede puro o semplice del cedente?
- 783.—Lo stesso cedente potrebbe forse esercitare il retratto avverso il proprio cessionario, se fosse divenuto, dopo la cessione, erede di uno de' suoi coeredi, il quale avesse il diritto di esercitarlo?
- 784.—Il coerede, il quale ceda i suoi diritti ereditari, può forse validamente promettere al cessionario di garantirlo nell'esercizio del retratto?
- 785.—Il coerede del cedente può forse validamente rinunziare al diritto di esercitare il retratto?
- 786.—Relativamente al cessionario, la domanda di retratto successorio procede regolarmente, anche quando venga formata da alcuni oppure da un solo de' coeredi.
- 787.—Fra coeredi né anche vasi incontrano difficoltà, quando abbiano congiuntamente esercitato il retratto.
- 788.—*Quid*, se alcuni soltanto de' coeredi abbiano esercitato il retratto?
- 789.—Quello o quelli fra' coeredi, i quali abbiano esercitato il retratto successorio, senza osservar gli altri coeredi coconali, né aver urto di concorrenza, possono forse venire astretti a far partecipare costoro al vantaggio emergente del retratto?
- 790.—Continuazione. — A cominciare da qual momento coerede, il quale fu il primo ad esercitare il retratto, dovrà considerarsi imponente, per modo che i suoi coeredi non possono più mirare a lui per partecipare al vantaggio conseguito?
- 791.—Continuazione.

716. — Avverso quali persone il retratto successorio puossi esercitare?

E da quali persone?

Ovvero, in altri termini, chi può mai essere retratto?

E chi può mai essere retraente?

Fra tali due questioni del nostro subbietto sussiste intima correlazione.

È questa la ragione per cui le richiamo, le soggettiamo ad una comune disamina.

717. — A. E primamente avverso quali persone puossi esercitare il retratto successorio? A norma dell'art. 841 — 760 il retratto

successorio può esercitarsi contro qualunque persona, ancorchè parente del defunto, che non sia in istato successibile.

Quale è mai qui il senso di siffatta espressione?

Non potrebbe esser dubbio; e per poco si ponga mente allo scopo cui mirò il legislatore, si scorge che il vocabolo *successibile* dinota tutti i successori universali o a titolo universale, tutti coloro i quali consegnano in parte l'universum *jus defuncti*, ed i quali conseguentemente han diritto di concorrere alla divisione (L. 128, § 1. ff. de *regul. juris.*).

In vero il retratto successorio ha per scopo di escludere dalla divisione il cessionario di diritti ereditarii; ed è manifesto potersi esercitare sol quando lo scopo medesimo sarà raggiunto, val dire sol quando il cessionario, dopo lo sperimento del retratto, trovasse escluso dalla divisione:

Or il cessionario stesso il quale fosse, proprio *jure*, successore universale, avrebbe ancor diritto eziandio dopo lo sperimento del retratto, di concorrere alla divisione;

Dunque il retratto non produrrebbe il risultamento di escluderlo; e dappoichè non raggiugnerebbe il suo scopo contro di lui, non potrebbe venire ammesso ad esercitarlo.

Val dire il vocabolo *successibile* ha, nell'art. 841, lo stesso significato del vocabolo *coerede*, il quale vi si trova adoperato di poi due volte, ed il quale debbe intendersi altresì in senso amplissimo, come sinonimo di *condividente* (*infra*, n. 34).

Dunque concludiamo:

Da un lato, che il retratto non puossi esercitare contro alcuno di coloro, i quali avessero indipendentemente dalla cessione ad essi fatta, altro titolo ancora per concorrere alla divisione;

D'altro lato, che puossi esercitare contro tutti coloro i quali per concorrere alla divisione, non avessero altro titolo che la cessione.

È questo il duplice aspetto della nostra regola.

718.—Quindi, dapprima, ad evidenza l'erede legittimo, reodutosi cessionario de' diritti di uno de' suoi coeredi, non andrebbe sottoposto al retratto (*infra*, n. 38).

Di fatti non la sola cessione gli conferisce diritto di concorrere alla divisione. sì bene la propria ereditaria ereditaria, ed il retratto esercitato avverso di lui non giugnerebbe ad escluderlo.

Altronde il vero sì è che la cessione de' diritti di uno de' suoi coeredi costituendo allora un incremento de' propri diritti, non offre gl'inconvenienti che presenterebbe lo intervento di un estraneo, e che anzi essa potrà spesso provenire da legittimi motivi: laonde la cessione del diritto litigioso va immune dal retratto stabilito con l'art. 1699—1545, quando siasi fatta ad un coerede o condomino del diritto ceduto (art. 1701—1547).

Quindi la quistione di Anastasio apportava del pari tale eccezione:

« *Exceptis scilicet cessionibus, quas inter cohaeredes pro actionibus haereditariis fieri contigit...* » (L. 22, Cod. *Maodati*).

Non solo il retratto non potrebbe raggiungere il suo scopo contro il cessionario il quale avesse indipendentemente dalla cessione, il diritto di concorrere alla divisione; ma per contrario sarebbe esso medesimo addvenuto la causa degl'inconvenienti cui il legislatore volle ovviare; avvegnachè avremmo potuto temere che l'erede evinto come cessionario e deluso ne' suoi progetti si mostrasse poco conciliante, e promovesse, in contraccambio, avverso i retraenti difficoltà inceptanti la divisione.

E poi, da ultimo, se non si avesse voluto che uno de' successibili divenisse cessionario de' diritti di uno de' consuccessibili, ciò che sarebbe stato uopo statuire allora si era la stessa nullità della cessione! ma fra' consuccessibili, tutti rispettivamente in *pari causa*, torna manifesto che non potevasi ammettere il retratto dell'uno avverso l'altro; dappoichè il retratto avrebbe prodotto l'unico risultamento di rimuovere la cessione e trasferirne il vantaggio al successibile retraente, il quale non ne ebbe il pensiero, in detrimento del successibile retratto, il quale aveva ottenuto la mercede le cure sue, ed il quale fu il primo a volerne correre l'alen.

Tutto al più avremmo potuto statuire che il coerede cessionario de' diritti di uno de' coeredi, sarebbe tenuto a porre in comunanza il vantaggio nascente dalla cessione; ma questa medesima soluzione sarebbe stata ostile a' principii; avvegnachè, se è vero, come ben presto dimostreremo (*infra*, n. 71), che il coerede, il quale abbia esercitato il retratto successorio avverso il cessionario estraneo, non sia tenuto di far partecipare al vantaggio emesso dal retratto medesimo i suoi coeredi i quali nondimeno avevano, al pari di lui, il diritto di esercitarlo avverso il cessionario,

con assai maggior ragione il coerede, il quale abbia comprato i diritti di uno de' coeredi non troverebbe ristretto in porre in comunanza il vantaggio emergente dal proprio contratto; conciossiachè gli altri coeredi non avevano io tal caso alcun diritto avverso il coerede cedente; e poteva benissimo accadere che costui i' quile consentì a contrattare con uno di essi, non avrebbe consentito a contrattare con gli altri (coulr. Lebrun, *delle Success.*, lib. IV, cap. II, sez. III, n. 68; decisi. C. di Rioni 21 gennaio 1809, Saotire, Sirey, 1813, II, 324).

719.—Il fin qui esposto intorno agli eredi legittimi è applicabile a' successori irregolari, avvegnachè sono, come ben si ravvisa, successibili.

Laonde, a cagion di esempio, il retratto successorio non può esercitarsi avverso il figliuolo naturale cessionario della porzione ereditaria di altro successibile (*infra*, n. 39; ed il t. II, n. 27, 41, 422).

720.—Altrettanto è a dire intorno a' legatarii o donatarii universali o a titolo universale, in piena proprietà o in nuda proprietà, i quali si trovino in concorso, sia coo eredi, sia con altri successori universali o a titolo universale.

Imperocchè eglioo altresì sono successibili, oel significato di questo vocabolo, come rinviensi adoperato nell' art. 844 (art. 874, 875 — 795; coulr. il t. I, n. 80, ed il t. III, n. 117; decisi. C. di Lione 17 giugno 1825, Champavère, D. 1825, II, 224; arresto C. cass. 21 ap. 1830, 4^a specie, Thillage; 2^a specie, Morin, D. 1830, 4-214; decisi. C. di Douai 6 feb. 1810, Cliquet, D. 1840, II, 191, Merlin, *Rep.*, v. *Diritti successor.*, n. 9; Chabot, art. 844, n. 6. Duranton, t. VII, n. 189-190; Demante, t. III, n. 171 bis, I.)

721.—In buona sostanza debbesi considerare successibile chiunque trovi chiamato, a titolo universale, o alla eredità, sia in forza di disposizione della legge, sia in forza della volontà dell' uomo.

Altronde non è da distinguere chi abbia accettato puramente e semplicemente da chi abbia accettato col beneficio dello inventario (ved. il t. II, n. 190; ed *infra*, n. 41).

722.—E neppure è da aver riguardo:

Sia alla minore o maggiore importanza del diritto ereditario: per quanto minimo esser possa il diritto medesimo, colui al quale compete è sempre successibile (coulr. Poujol, art. 844, o. 3);

Sia alla diversa natura de' beni, che i successibili son chiamati a conseguire: quindi il legatario a titolo universale de' mobili, ed il legatario a titolo universale degl' immobili deggionsi considerare come successibili (art. 1010—964; *infra*, n. 743); indarno obbietterebbesi non dover seguire alcuna disposizione fra chi erediti i mobili e chi erediti gl' immobili: in vero la liquidazione dell'eredità non debbesi forse seguire tra essi? forse non evvi luogo a determinare, per esempio, ciò che riguarda il contributo de' debitori, ec.? quindi son dessi coeredi, consuccessibili, cui si applica il testo medesimo dell' art. 844.

723.—Ma reciprocamente, il retratto successorio è ammissibile avverso qualunque persona la quale, per concorrere alla divisione, abbia l' unico titolo della cessione fittale.

Ed allora poco monta che il cessionario sia o pur no parente del defunto (art. 844—760).

Di fatti la parentela non è sembrata una garanzia sufficiente avverso lo spirito di traffico, e conseguentemente avverso le difficoltà dalla legge temute da parte di chi, ooo essendo successibile, siasi reoduto cessionario di uo diritto alla eredità: il parente in ultima analisi, può essere uno speculatore al pari di ogni altro!

Ciò dimostra che non trattasi semplicemente di mantenere i segreti della famiglia, dapoiè i parenti conoscono generalmente i segreti medesimi, anche quando oon sieno eredi: dunque tal motivo è secondario; ed il legislatore permettendo escludere lo stesso parente rendutosi cessionario, dimostra avere precipuamente in mira di preservare i coeredi dagl' intrighi dello speculatore (*supra* numero 714).

724.—Non basterebbe, per isfuggire il retratto successorio, che il cessionario venisse chiamato dalla legge a succedere al defunto, se costui lo avesse escluso dalla eredità con disposizioni a pro di altre persone.

Primo, per esempio, il quale abbia un fratello per erede presuntivo, muore lasciando un testamento onde ha legato tutti i beni suoi a due legatarii a titolo universale.

Se il fratello del defunto divenga cessionario de' diritti di uno de' legatarii medesimi, l'altro legatario potrà forse esercitare il retratto successorio avverso di lui?

Si è propugnata la negativa: si è invocata la circostanza che il fratello, essendo chiamato dalla legge a succedere al defunto, reputasi allora, si è detto, ad evidenza successibile. e

la Corte di Lione ne ha desunti la tesi che il vocabolo *successibile*, nell'art. 841, dinota non l'*erede* che concorre alla divisione, ma ogni persona parante del defunto, che avesse la capacità ed il diritto di succedere (Decis. 17 giugno 1825, Champavère, D., 1825, II, 224; confr. Delvincourt, t. II, p. 43, nota 2; Toulhier, t. II, n. 441).

Cotesta interpretazione è, a favore nostro, contraria al vero senso della legge:

In vero quando la legge dichiara che il *successibile*, il quale si sarà renduto cessionario di un diritto alla eredità, non andrà sottoposto al retratto, il motivo si è che il *successibile*, avendo un titolo diverso dalla cessione per concorrere alla divisione, il retratto non perverrebbe ad escluderlo;

Or il *successibile* escluso dalle disposizioni del *de cuius*, non ha diritto di concorrere, in proprio nouo, alla divisione: quindi non è *successibile*, nel senso dell'art. 841, nè in conformità de' principii; dappoichè la volontà dell'uomo ha mutato, come il poteva, la volontà della legge, relativamente alla sua *successibilità*;

Dunque è un semplice cessionario, avverso il quale può esercitarsi il retratto *successorio*.

Forse potrebbe esercitare egli il retratto avverso il cessionario estraneo cui uno dei legatarii a titolo universale avesse ceduto i suoi diritti? ad evidenza no! avvegnachè cosa mai gli importa il recare la cessione medesima un estraneo speculatore alla divisione, tostochè la divisione stessa nol riguarda? (*Infra*, n. 746).

Or, se non potesse esso medesimo esercitare il retratto avverso un altro, indeclinabile conseguenza si è potere il retratto esercitarsi avverso di lui (confr. decis. C. di Nîmes 3 mag. 1827, Thomas, D., 1828, II, 218; Vazeille, art. 841, n. 9; Duvergier sopra Toulhier, t. II, n. 441, nota a; Dutruc, u. 482; Benoit, *Del retratto successorio*, n. 53).

725 — Anzi poco monta che il cessionario sia effettivamente *successibile* del *de cuius*, se la successione cui è chiamato sia diversa dalla successione in cui abbia acquistato diritto, come cessionario, senza esservi chiamato qual *successibile*.

Laonde l'ascendente donante, benchè *successibile* del *de cuius*, relativamente alle cose da lui donate, non è *successibile* relativamente agli altri beni ereditarii.

Dalle quali cose conseguita che se si fosse

renduto cessionario de' diritti di uno degli eredi nella successione ordinaria, andrebbe sottoposto al retratto da parte degli altri eredi chiamati alla successione medesima (*red.* il t. I, n. 487 *bis*; ed *infra*, n. 745).

726. — Con maggior ragione non potrebbe considerarsi come *successibile* l'erede il quale avesse rinunziato, sia prima, sia dopo la cessione di diritti *accessorii* fattagli.

Non pertanto si è preteso che il retratto *successorio* non sarebbe ammissibile avverso di lui: Egli è parente, «i è detto: e l'art. 841 ha per scopo d'impedire a persone « estranee « d'immischiarsi ne' segreti delle famiglie e « spiegarvi uno spirito di cavillazione ed in- « teresse, di cui possorzi credere incapaci i « parenti; » e poi altronde, siccome ha potuto prima di rinunziare, distendere inventario e prendere cognizione di tutte le faccende della eredità, così il retratto *successorio* esercitato contro di lui non raggiungerebbe il suo scopo (confr. decis. C. di Limoges 14 mag. 1819. Verrier, Dev. e Carr., *Collez. nuova*, 6, II, 73; Delvincourt, t. II, p. 43, nota 41).

Egli è parente!

Ma che importa, se non è *successibile*! (Art. 841 — 740; *supra*, n. 723)

Or puossi mai considerare *successibile* chi abbia rinunziato, e chi reputasi non essere stato mai erede? (Art. 785 — 702).

Egli potrebbe, prima della sua rinunzia, prendere cognizione delle carte e de' segreti della eredità!

Che monta ancora, se finalmente non concorre alla divisione! il precipuo motivo della legge si è lo escludere il cessionario dalla divisione, val dire preservare le famiglie dalle discordie che potrebbe suscitarsi: or cotesto motivo sussiste qui nella piena sua forza, dappoichè il cessionario medesimo ha in avvenire per titolo unicamente la cessione per concorrere alla divisione.

Non pretenderebbesi indubitamente che l'erede il quale abbia rinunziato potrebbe esercitare il retratto avverso il cessionario de' diritti *successorii* di altro erede (*infra*, n. 747); or, noi già lo affermammo, e deciso è siffatto argomento! chi non può esercitare il retratto avverso un altro, esso medesimo va sottoposto di necessità all'esercizio del retratto stesso (confr. decis. C. di Bourges 20 genn. 1827, Bossu, D. 1829, I, 122; arresto C. cass. 2 die. 1829, stesse parti, D. 1830, I, 16; Chabot, art. 841, n. 5; Poujol, t. II, n. 841, n. 3; Marcadé, art. 841, n. 2; Demante, t. III,

n. 171 bis, III; Zachariae, Aubry e Rau, t. III, p. 324).

La stessa soluzione è ad evidenza applicabile nell'erede escluso come indegno (confr. il t. I, n. 299; Toullier, t. III, p. 297).

727. — Non pertanto diversamente avverrebbe nel caso in cui l'erede avesse rinunciato per attenersi alla donazione o al legato universale o a titolo universale (confr. art. sto C. cass. 14 marzo 1810; Fossy, Sirey, 1810, I, 230).

Allora il retratto successorio non sarebbe ammissibile avverso di lui.

Ma per qual motivo?

Forse perchè sarebbe ancora, malgrado la sua rinunzia, riguardato successibile in forza della legge?

Niente affatto!

Perchè sarebbe riguardato successibile in forza della volontà dell'uomo, e dopo la perdita della qualità di erede, conserverebbe la qualità sua di donatario o legatario a titolo universale, avendo diritto di concorrere alla divisione (*supra*, n. 19).

Dalle quali cose conosciuta che converrebbe ammettere il retratto avverso di lui, se avesse rinunciato per attenersi alla donazione o al legato particolare (*infra*, n. 47; Chabot, art. 481, n. 7; Duvergier e Toullier, t. II, n. 441, nota a; Demante, t. III, n. 171 bis, III).

728. — È tanto più rilevante, a parer nostro, di proscrivere le varie soluzioni per noi confutate (*supra*, n. 724-726, in quanto che, qualora si facesse un primo passo in tal via, non saprebbsi più dove fermarsi).

Non si è forse inseguito ancora, per esempio, non potersi esercitare il retratto avverso il cessionario, il quale, senza essere successibile, si trovasse essere precisamente il parente, che sarebbe chiamato alla successione del *de cuius* in mancanza del cedente! (Confr. Delvincourt, t. II, p. 43, nota 11; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 324).

Cotesto parente cessionario avrebbe potuto essere successibile, se il suo cedente nol fosse stato!

Siamo di accordo! avrebbe potuto esserlo; ma non lo è: il solo cedente è successibile. Dunque che mni è egli semplicemente? un cessionario il quale, per concorrere alla divisione, ha l'unico titolo della cessione: dunque va sottoposto al retratto.

Toullier, il quale ammette la esattezza di cotesta conclusione, nel caso in cui non sinvi separazione fra le due linee, insegna per

contrario che il retratto non sarebbe ammissibile, qualora l'erede di una linea cedesse il proprio diritto al parente succeduto al cedente, se questo ultimo fosse trapassato o rinunziante: per esempio, egli dice, se il padre cedesse il proprio diritto al figliuolo, gli eredi dell'altra linea non potrebbero rimborsarlo, in forza dell'art. 841, dappoichè conviene conciliare l'articolo medesimo con l'art. 733, il quale non vuole che si devolvono i beni da una linea all'altra, mentre si trovino parenti in grado successibile: la cessione, in simil caso, non ha altro effetto che la rinunzia in *favorem alicujus data* (t. II, n. 443; confr. eziandio decis. C. di Grenoble 3 lug. 1824, Champvère, D. 1825, II, 224; Vazeille, art. 841, n. 11; Dupont-Lavilette, *Qu. st. di diritto*, v. *Retratto successorio*, quist. 763, n. 3).

Tale emenda ci sembra inammissibile.

Ma è uopo, innanzi tratto bene intendersi.

In vero, se suppose che dopo avvenuta una prima divisione fra le due linee l'erede in una di esse avesse ceduto i proprii diritti a chi venga dopo di lui nell'ordine di parentela, ammettiamo del pari che l'erede dell'altra linea non potrà esercitare avverso il cessionario il retratto successorio; ma per qual ragione? forse perchè il cessionario non andrebbe sottoposto al retratto? niente affatto! perchè l'erede dell'altra linea non avrebbe allora qualità per esercitarlo (*infra*, n. 54).

Dunque è mestieri supporre, per sorgere la questione in esame, che la cessione siasi fatta prima della divisione della eredità totale fra le due linee; e, in questo caso, non esitiamo a divisare che il successibile di una delle linee potrà esercitare il retratto avverso il cessionario de' diritti di un successibile dell'altra linea, anche quando il cessionario fosse il parente che sarebbe stato successibile in mancanza del cedente. Di fatti il cedente non ha rinunciato: tutto l'opposto! la stessa cessione da lui fatta trae seco accettazione da parte sua (art. 780 — 697); e quindi è manifesto che lo stesso cessionario non è successibile. Altronde l'argomento desunto dall'art. 733 non assume qui veruna importanza: avvegnchè non in forza di devoluzione, nel tecnico significato di questo vocabolo, i beni spettanti ad una linea dovranno allora passare all'altra linea, ma in forza di causa ben diversa e per effetto del retratto successorio dalla stessa legge permesso con l'art. 841 (confr. Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 443, nota 6; Dutruc, n. 485).

729. — Il retratto puossi forse esercitare avverso il successibile il quale, dopo aver ceduto il proprio diritto alla eredità, abbiasi fatto retrocedere il diritto medesimo dal cessionario?

Supponiamo però esser la retrocessione anteriore ad ogni domanda di retratto da parte degli altri successibili (infra, n. 836).

Tornerebbe indubitato non potersi esercitare il retratto, qualora, per effetto di nullità, rescissione o scioglimento, il cedente avesse riacquisiti i suoi diritti ereditarii, *ex causa antiqua*, come se non gli avesse giammai alienati.

E la soluzione dovrebbe essere al certo la stessa, se la pretesa cessione fosse stata un contratto pignoratizio, il quale non avrebbe effettivamente spogliato il successibile de' suoi diritti ereditarii (confr. decis. C. di Digione 11 gen. 1837, *lourdot*, Dev., 1848, II, 313).

Ma puossi litigare, quando per effettiva retrocessione il successibile abbia acquistato, alla volta sua, dal cessionario i diritti ereditarii da lui stesso ceduti.

Di fatti non potrebbesi forse ragionare così:

Il retratto debbesi ammettere avverso chiunque abbia, per concorrere alla divisione, il semplice titolo della cessione, ed il quale quindi presentasi solo come cessionario.

Or, a qual titolo si presenta costui? forse come successibile, in forza della legge o della volontà dell' uomo? ad evidenza no, dappoichè ha ceduto i diritti onde trovavasi rivestito in questa qualità, e la cessione non venne rescissa, nè risolta; quindi unico suo titolo è la retrocessione fattagli;

Dunque unicamente in forza di questa retrocessione ed a titolo di cessionario egli concorre alla divisione.

Cotesto argomento sembra formale: e nondimeno non ebbe prospero successo: di fatti allora la conclusione, conviene confessarlo, riesce ben rigorosa!

Da un lato quello individuo è successibile; egli non ha rinunziato; tutto l'opposto, dappoichè la cessione da lui fatta de' suoi diritti ereditarii costituisce atto di accettazione (art. 780—697);

D'altro lato, se è vero che egli dapprima aveva ceduto il suo diritto alla eredità, ha riacquisito il diritto medesimo, il quale rinviensi attualmente nella sua persona.

In tale ipotesi non sarebbe forse disconoscere il testo e lo spirito dell'art. 811 — 760 il sottoporre al retratto successorio chi, in ul-

tima analisi, è successibile ed esercita il proprio diritto alla eredità!

Soggiugniamo trovarsi il cessionario estraneo escluso dalla divisione per effetto della retrocessione medesima, e rinvenirsi conseguito lo scopo cui mirò la legge: or è questo lo importante risultamento, in qualsivoglia modo altronde si ragiona: quindi in materia di retratto familiare Pothier insegna « il diritto di retratto cui avesse dato luogo la vendita di un fondo proprio fatta ad uno estraneo, estinguersi quando, prima di ogni domanda di retratto familiare, il fondo medesimo sia tornato nella famiglia, o che sia tornato al venditore, o che sia passato a qualcuno della famiglia, nulla monta a qual titolo. » (*Des Retraits*, n. 475).

Dunque la nostra conclusione sarebbe che di fatti il successibile cedente, avendo ottenuto la retrocessione del diritto da lui ceduto, non andrebbe sottoposto al retratto (confr. decis. C. di Orleans 29 feb. 1832, *Chevalier*, Dev. 1836, II, 534; *Merlin*, Rep., v. *Diritti successorii*, § 14; *Dutruc*, n. 484; *Richafort*, dello Stato delle famiglie, t. III, n. 435).

730. — Siffatta conclusione dovrebbe mantenersi, eziandio nel caso in cui il successibile ceduto fosse divenuto cessionario non de' diritti da lui ceduti, ma de' diritti di altro successibile?

L'affermativa venne adottata dalla Corte di Amiens (decis. 14 gennaio 1839, *Descemery*, Dev., 1839, II, 384); e l'onorevole Duvvergier plaudisce la dottrina fermata con quella decisione (sopra Toulhier, t. II, n. 444, nota a).

Non pertanto ci sembra potersi additare fra questi due casi una differenza.

Quando il successibile cedente abbia ricomprato il diritto stesso da lui ceduto, ben comprendiamo non essere permesso opporgli la cessione da esso consentita; dappoichè, per effetto della retrocessione, le cose vennero ripristinate nello stato primitivo; ed inoltre è uopo ravvisare essere forse già alquanto indulgente cotesta interpretazione, la quale considera concorrere egli alla divisione come successibile, mentre a rigore torna vero concorrere come cessionario.

Ma cotesta indulgenza è mai possibile, quando il successibile cedente abbia comprato non i diritti da lui ceduti, sì bene i diritti di altro coerede?

Si sosterrà, per esimerlo dal retratto, essere egli successibile, e l'art. 811 ammettere

il retratto contra chi non sia successibile?

È ben vero; ma se l'art. 844 non ammette il retratto avverso il cessionario successibile, la ragione si è che suppone avere il cessionario, in questa qualità di successibile, ed a prescindere dalla cessione, il diritto di concorrere alla divisione; ed il vocabolo *successibile* è sinonimo dell'altro *condividente*;

Or il successibile, il quale aveva ceduto il suo diritto alla eredità, non aveva più qualità per concorrere alla divisione; aveva il semplice nome di successibile, senza averne diritto;

Dunque vi concorre in forza della cessione fattagli; dunque è un semplice cessionario.

Nè si obietti avere egli potuto prender cognizione de' segreti della eredità, ed al certo essersi anzi valso del diritto medesimo prima di consentire la cessione della sua quota ereditaria.

Noi già risponderemo essere siffatto motivo secondario nell'art. 844, il quale aveva precipuamente per iscopo di preservare le famiglie dallo spirito contenzioso di un cessionario speculatore: or non è permesso ravvisare uno speculatore in quel successibile, il quale, dopo aver venduto i propri diritti, comprò dappoi i diritti di altro successibile (confr. Osservazioni di Caret su la riferita decisione della Corte di Orleans del 29 febbraio 1832, Dev., 1836, II, 335, nota 1).

731.—Tornò manifesto il potersi il retratto successorio esercitare avverso il donatario o legatario particolare, cessionario di un diritto alla eredità; avvegnacchè il donatario o il legatario particolare non è un successibile, nel senso dell'art. 844; egli ha diritto di domandare il rilascio dell'oggetto della liberalità fattagli, e niente di più; ma non avendo una quota-parte nella universalità, non ha diritto di concorrere alla divisione (*infra*, n. 731).

732.—Dobbiamo ora discendere alla disamina della questione sommamente controversa, e la cui soluzione sembra incerta nella dottrina o nella giurisprudenza, cioè:

Se il legatario o il donatario contrattuale, in usufrutto, della universalità o di una quota-parte della universalità de' beni del defunto, vada sottoposto al retratto, quando siasi renduto cessionario di un diritto alla eredità.

Tre opinioni son venute in campo:

I. I propugnatori della prima insegnano che il legatario o il donatario di usufrutto non va mai sottoposto al retratto, senza distinguere

se il suo usufrutto sia universale o a titolo universale:

Da un lato, invocando il testo dell'art. 844, si sostiene essere suscettibile il donatario o il legatario universale o a titolo universale dell'usufrutto; succede, dicesi, al defunto, relativamente al suo usufrutto; ed è questa la ragione per la quale è tenuto, come gli altri successibili, a contribuire a' debiti (art. 642 — 537);

D'altro lato, invocando i motivi del legislatore, si fa osservare che l'usufruttuario universale o a titolo universale ha diritto di concorrere alle operazioni della divisione, per investigare alla esatta comprovazione dell'attivo e del passivo; val dire che ha diritto d'immischiarsi negli affari della eredità; e che il retratto successorio, il quale mira precisamente a rimuovere lo immischiamento medesimo del cessionario negli affari privati della famiglia, non potrebbe raggiungere il suo scopo avverso di lui (confr. decis. C. di Parigi 2 agosto 1821, Savoie, Sirey, 4822, II, 29; di Nîmes 30 maggio 1830, Meyssonnier, D. 1830, II, 182; di Bastia 23 maggio 1835, Linnazola, Dev., 1835, II, 350; Vazeille art. 844, n. 43; Coufflans, art. 844, n. 22; Dutruc, n. 478; Benoit, n. 9; Belost-Jolimont sopra Chabot, t. II, n. 335).

II. A credere de' propugnatori della seconda opinione, debbesi distinguere il donatario o il legatario dell'usufrutto della universalità de' beni dal donatario o legatario dell'usufrutto di una quota-parte della universalità:

L'usufruttuario universale andrebbe sottoposto al retratto; dappoichè non ha, sotto alcun rapporto, qualità nè interesse per concorrere a qualsivoglia divisione co' successibili; epperù vi concorrerebbe semplicemente qual cessionario.

Ma per contrario l'usufruttuario a titolo universale non andrebbe sottoposto al retratto; conciossiachè egli ha, a prescindere dalla cessione, diritto di far determinare, con una divisione, in contraddizione con gli altri successibili, la quota-parte della universalità che dovrà formare la base del suo usufrutto (confr. decis. C. di Angers 43 apr. 1820, Renard, Sirey, 4821, II, 306; arresto C. cass. 21 apr. 1830, Morin, Dev., 4830, I, 169; Merlin, Rep., v. *Diritti successorii*, n. 43; Poujol, art. 844, n. 2).

III. Finalmente i propugnatori della terza opinione, che noi non esitiamo ad accogliere, per quanto ci riguarda, insegnano doverci il

retrato sempre ammettere avverso il donatario o il legatario di usufrutto, senza distinguere se l'usufrutto sia universale o a titolo universale:

4. Già dimostrammo il donatario o il legatario a titolo particolare andare sottoposto al retratto (*supra*, n. 731);

Or ogni donatario o legatario di usufrutto è donatario o legatario a titolo particolare, anche quando il suo usufrutto abbia per oggetto la universalità o una quota-parte della universalità de' beni (ved. il nostro Trattato della distinzione de' beni, della proprietà e dell'usufrutto, t. II, n. 524, 522);

Dunque ogni donatario o legatario di usufrutto indistintamente va sottoposto al retratto.

2. È questo il principio generale; ed è da riflettere che la particolare applicazione di questo principio alla materia in disamina torna sommamente razionale.

In vero, per qual motivo la legge dichiara che il retratto successorio non potrà esercitarsi avverso il cessionario, il quale sarà contemporaneamente successibile? il motivo si è che egli ha, io qualità di successibile, diritto di concorrere alla divisione, la quale avrà luogo fra gli altri successibili;

Or il legatario o il donatario dell'usufrutto non ha in verun caso diritto di concorrere alla divisione medesima per la semplice ragione non stabilire l'usufrutto alcuna indizione tra l'usufruttuario ed i suoi proprietari: egli non ha alcuno interesse, né conseguentemente alcuna qualità per concorrervi; dappoiché non può dimandare alcuna porzione della stessa universalità, formante l'oggetto della divisione: quindi tal divisione che gli è estranea può farsi senza di lui e senza sua saputa dagli altri successibili fra essi;

Dunque non è successibile; dunque egli concorre alla divisione in forza della cessione.

È disconoscere le regole più elementari del diritto civile lo affermare che il legatario dell'usufrutto della universalità o di una quota-parte della universalità rappresenta il defunto al pari degli altri successibili.

No! il legatario dell'usufrutto non rappresenta il defunto al pari di ogni altro legatario a titolo particolare; e la prova si è non esser tenuto personalmente de' debiti (ved. il nostro tomo II, *loc. supra cit.*)

3. Siffatti argomenti sono assoluti; e non comportano veruna distinzione fra l'usufruttuario universale e l'usufruttuario a titolo universale.

È vero che, relativamente al donatario o al legatario dell'usufrutto di una quota-parte della universalità de' beni, può esservi luogo ad una specie di divisione fra lui ed i successibili, ad oggetto di determinare la quota-parte e la specie de' beni gravati del suo usufrutto; ma è questa semplicemente una divisione di godimento, affatto distinta dalla divisione di proprietà fra successibili; alla quale divisione l'usufruttuario a titolo universale è estraneo al pari dell'usufruttuario universale, e da cui può quindi venire escluso, al pari di lui se vi concorresse in forza di cessione.

4. Forse il legatario o il donatario dell'usufrutto, sia della universalità, sia di una quota-parte della universalità, potrebbe esso medesimo esercitare il retratto avverso il cessionario de' diritti ereditari di uno de' coeredi? comunque l'avvocato generale Hello abbia così preteso avanti alla Corte di Cassazione (Dev., 1843, I, 702), pure la negativa ci sembra ineluttabile; dappoiché l'usufruttuario medesimo non ha veruno interesse nella divisione, cui è estraneo: egli non è coerede, val dire condividevole (ved. *infra*, n. 752): or se non può esercitarlo il retratto avverso un altro, il retratto può esercitarsi contro di lui.

5° È forse nopo rispondere all'argomento consistente nel sostenere l'art. 841 aver mirato ad impedire al cessionario estraneo di scoprire i segreti della eredità, e quindi il retratto successorio non doversi ammettere avverso l'usufruttuario universale o a titolo universale, dappoiché può, in questa qualità immischiarsi negli affari della eredità? non è questo, come affermiamo, il precipuo scopo del legislatore nell'art. 841: ciò a cui mirò, innanzi tutto, si è lo escludere dalla divisione lo speculatore, il quale abbia, per concorrervi, l'unico titolo della cessione: or è questa la posizione del legatario universale o a titolo universale dell'usufrutto (confr. decisi. C. di Riom 13 apr. 1818, Billaud, Sirey, 1818, II, 198; di Digione 8 luglio 1826, Perrinod, D., 1829, II, 220; di Pau 10 giugno 1830, Fitte, Dev., 1831, II, 52, arresti C. cass. 17 luglio 1843, Gerber, Dev., 1843, I, 697; 24 nov. 1847, Durand, Dev., 1848, I, 2; decisi. C. di Digione 17 feb. 1854, Duvault, Dev., 1854, II, 424; Proudhon, dell'usufrutto, t. IV, n. 2077; Durantoo, t. VII, n. 492; Demante, t. III, n. 474 bis, 1; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 444, nota 4; Zachariae, Aubry e Rau, t. III, p. 324; Devilleneuve, Osservazioni sul

riferito giudicato del 17 luglio 1843, loc. *supra*).

733. — È similmente punto controverso se il reatratto debbasi ammettere avverso il marito il quale siasi renduto, in particolar nome, cessionario di uno de' coeredi della moglie.

Per la negativa si è sostenuto che il marito della donna successibile, avendo, nella sua qualità di marito, diritto di concorrere alla divisione, trovavasi, per questa medesima circostanza, immischiato ne' segreti della famiglia e nelle discussioni cui la divisione può dar luogo, e che quindi non potendo il reatratto successorio raggiungere il suo scopo avverso di lui, non dovevasi permettere (sentenza del trib. civ. di Lione del 22 luglio 1842, de Montriol, Dev., 1844, I, 645).

Ma torna manifesto esser cotesto motivo affatto insufficiente.

I creditori di un coerede han diritto d' intervenire nella divisione: il tutore dell'erede minore o interdetto, e più generalmente il mandatario dell'erede, han diritto di figurarvi; e possono quindi trovarsi iniziati ne' segreti della famiglia e mescolati nelle discussioni cui la divisione può dar luogo;

Or il reatratto successorio trovasi parimente permesso avverso il creditore cessionario di uno de' coeredi del suo debitore avverso il tutore o il mandatario cessionario de' diritti di uno de' coeredi del minore, dello interdetto o del mandante;

Dunque il reatratto debbe altresì permettersi avverso il marito cessionario di uno de' coeredi della moglie.

Di fatti gli uni e gli altri, creditori intervenienti, tutore, mandatario o marito, han diritto di figurare nella divisione in nome altrui, *jure alieno*; nè gli uni nè gli altri han diritto di concorrervi *proprio jure*; val dire che eglino non sono successibili.

In ultima analisi potrebbesi pretendere che il marito, cessionario, in suo particolar nome, di uno de' coeredi della moglie, non andrebbe sottoposto al reatratto, quando i coniugi abbiano contratto matrimonio sotto la regola della comunione e trattasi di eredità mobiliare; dappoichè è noto potere allora il marito promuovere la divisione senza il concorso della moglie (art. 1418 — 737; ved. il tomo II, n° 325); e sembra, in questo caso, figurarvi non solo in nome della moglie e come mandatario, ma in nome proprio, e per così dire esso medesimo come successibile (conf.

decis. C. di Grenoble 7 aprile 1840, Lnc. Girond, Dev., 1842, 41, 5; Dutruc, n° 480).

Non pertanto avvisiamo essere più consistente al testo medesimo della legge ed a' principii lo statuire potersi il reatratto successorio esercitare avverso il marito in tutti i casi indistintamente:

A norma dell'art. 844, *le cui disposizioni, dichiara con molta saggezza la Corte suprema (infra), son chiare ed assolute*, il reatratto debbasi ammettere avverso *qualunque* persona, ... che non sia in istato successibile;

Or lo stesso marito della donna successibile non reputasi successibile (ved. il t. II, n° 325);

Dunque va sottoposto al reatratto, se siasi renduto, in suo particolar nome, cessionario di un diritto alla eredità.

Cotesta illazione, inoppugnabile, quando i coniugi abbiano contratto matrimonio sotto la regola esclusiva di comunione, sotto la regola dotale, e segnatamente sotto il sistema della separazione di beni, sembra, a dir vero, andare incontro ad una obbiezione, sotto la regola della comunione, quando trattasi di eredità mobiliare; ma sia qualunque l'analogia che possa offrire in questo caso la posizione del marito con quella del successibile, il vero si è sempre nondimeno egli medesimo non essere successibile; essere semplicemente cessionario ed averne causa della moglie; e conseguentemente non potere egli medesimo, senza esporsi al reatratto, divenire nel particolare suo interesse, cessionario di un diritto alla eredità; e conviene aggiugnere tale acquisto di diritti ereditarii, fatto così da lui, in proprio nome, esso medesimo supporre quello spirito di speculazione da cui precisamente l'art. 844 ha per scopo di preservare i coeredi (conf. *infra*, n. 753; decis. C. di Pau 40 giugno 1830, Fitto, D., 1831, II, 27; di Bordò 28 giugno 1844, Dereix-Desgravières, Dev., 1845, II, 407; arresto C. cass. 25 lug. 1844, de Montriol, Dev. 1844, I, 644; decis. C. di Riom 9 mag. 1846, Andrand, Dev., 1846, II, 257, di Tolosa 31 dic. 1852, Gayral, Dev., 1853, II, 23; di Bordò 25 marzo 1857, Godet, D., 1857, II, 446; Zachariae, Aubry e Rau, t. III, p. 324, Duvergier sopra Toullier, t. II, n° 445, nota b, Dutruc, n. 480).

734. — Il superstite de' coniugi in comunione di beni si è renduto cessionario di un diritto nella eredità del coniuge premorto.

Va forse sottoposto al reatratto?

No! si è risposto: e perchè la divisione dei

beni della comunione, la quale precede la divisione fra gli eredi, attribuisce al coniuge cessionario la facoltà di immischiarsi negli affari della eredità e perseguitare tutti i particolari; avvegnachè egli ha quindi tutti i diritti d'indagine ed esame che possa rivendicare un erede, e, a questo titolo, disaminando lo scopo cui mirò il legislatore con l'art. 841, ha diritto di partecipare a' vantaggi dalla legge stabiliti per ogni erede » (confr. decis. C. di Parigi 4 agosto 1845, Durand (cassata *infra*); Dutruc, n° 479).

Ma, a parer nostro, conviene rispondere sì: Il coniuge superstite è forse successibile dell'altro coniuge?

Indubitatamente no.

Dunque va sottoposto al retratto, dappoichè qualunque persona non successibile vi va sottoposta.

Poco monta che abbia diritto di concorrere alla divisione de' beni della comunione.

Assai diversa è la divisione de' beni della comunione dalla divisione della eredità del coniuge premorto: l'una è affatto distinta dall'altra; e quando siensi una volta determinati i diritti del coniuge superstite, nella qualità di coniuge in comunione di beni, torna evidente rimanere, sotto tutti i rapporti, estraneo alla divisione della eredità dell'altro coniuge.

Forse potrebbe esercitare il retratto avverso il cessionario de' diritti ereditari di uno degli eredi? ad evidenza no: or, se non potrebbe esercitare il retratto avverso un altro, è mestieri affermare il retratto potersi esercitare avverso di lui (*infra*, n. 354).

Ma, dicesi, ha potuto prendere cognizione delle faccende di questa eredità!

Che monta ancora? l'art. 841 non ha semplicemente per iscopo d'impedire agli estranei di sapere le faccende ereditarie: ciò cui precipuamente mira si è lo escludere dalla divisione chi vi concorra come cessionario, ed il quale quindi si presume concorrervi con ispirito di speculazione (confr. decis. C. di Parigi 2 ag. 1821, Dev. o Carr. *Collez.* nuova, 6, II, 458; di Bordò 28 giugno 1814, Dereix-Desgravières, Dev., 1815, II, 407; arresto C. cass. 24 nov. 1817, Durand, Dev., 1848, I, 21).

735. — Quando la eredità si divide in conformità dell'art. 733, fra' parenti della linea paterna ed i parenti della linea materna, deggion forse considerare come successibili i parenti di una delle linee riguardo a' parenti dell'altra linea?

Uno de' parenti paterni, per esempio, si è renduto cessionario de' diritti ereditari di uno de' parenti materni.

Il retratto successorio puossi forse esercitare avverso di lui?

Ci sembra doversi fare la seguente distinzione:

O la cessione è anteriore alla divisione della eredità totale fra le due linee; ed in questo caso non va sottoposta al retratto: di fatti da un lato tutti i parenti dalla legge chiamati a conseguire in concorso i beni del *de cuius*, sono ad evidenza coeredi consuccessibili; avvegnachè, ad onta della partizione avvenuta fra le due linee, sussiste una sola e medesima eredità (ved. il tomo I, n. 367); o d'altro lato han tutti conseguentemente il diritto di concorrere alla divisione generale della eredità: dunque il parente di una linea cessionario de' diritti di un parente dell'altra linea, ha un titolo ben diverso dalla cessione per concorrere alla divisione: dunque non può venire escluso;

O per l'opposto la cessione è posteriore alla divisione de' beni fra le due linee; ed allora avvisiamo andar sottoposta al retratto: in vero, seguita una volta questa prima partizione, i successibili di ciascuna delle linee trovansi addivenuti estranei gli uni agli altri, per quanto trattisi della suddivisione da seguirsi fra membri di ciascuna di esse: il parente della linea paterna non ha diritto di concorrere alla divisione nella linea materna, e viceversa; or il vocabolo *successibile*, adoperato nell'art. 841, dinota avento diritto di concorrere alla divisione: dunque, una volta effettuata la prima divisione, i parenti di una delle linee non sono più, nel senso dell'articolo in esame, successibili, riguardo a' parenti dell'altra linea; e dappoichè il cessionario allora avrebbe, per concorrere alla divisione, l'unico titolo della cessione, ne discende andare sottoposto al retratto (confr. *infra*, n. 755; decis. C. di Rouen 24 lug. 1807, Lamaury, Sirey, 1808, II, 49; Toullier, t. II, n. 444; Vazeille, art. 841, n. 24; Chabot, art. 841, n. 48; Demante, t. III, n. 174 bis, II; Mourlon, *Ripet. arriz.*, t. II, p. 443).

Non pertanto alcuni insegnano nè anche in questo caso potersi ammettere il retratto:

» Che monta, dicesi, lo aver la divisione, seguita fra le due linee, renduto il cessionario estraneo agli affari della linea del cedente? tal risultamento può impedire che il cessionario abbia già nello assistere alla divi-

ne medesima, conosciuto tutti i segreti della famiglia, e conseguentemente il timore dello immischiamento nelle faccende della eredità, precipua base del retratto successorio, non debba più sorgere. » (Coofr. Dntruc, n. 476; Duranton, t. VII, n. 488; Taulier, t. III, p. 299).

No! non è questa la precipua base del retratto successorio: il precipuo suo scopo si è lo escludere dalla divisione il cessionario, chiunque sia, qualunque persona, dichiara il testo in esame (art. 841), il quale non essendo successibile, val dire avendo, per concorrere alla divisione, l'unico titolo della cessione, si presume concorrervi con divisamento di speculazione e traffico.

736. — La stessa distinzione da noi fermata, relativamente a' membri delle due linee paterna e materna, è parimente applicabile a' parenti delle diverse stirpi o rami, che possono trovarsi chiamati alla eredità.

La soluzione della quistione se la cessione fatta dal membro di una delle categorie di successibili a quello di altra categoria vada o pur no sottoposta al retratto, dipenderà dunque dalla soluzione della quistione se una prima divisione abbia avuto luogo o pur no fra i rami o stirpi. Il retratto non potrebbe ammettersi, se non avesse avuto luogo la prima divisione; mentre sarebbe ammissibile, se avendo avuto luogo la prima divisione, rimanesse ad altro ramo, potrebbe venire escluso da' membri del ramo cui non appartenesse.

737. B. — Dobbiamo ora discendere alla disamina della seconda quistione, cioè da chi il retratto successorio possa esercitarsi.

L'art. 841 dichiara non potere il cessionario non successibile venire escluso sia da tutti i coeredi, sia da un solo.

Dunque tutto si riduce a determinare quale sia qui il senso del vocabolo *coerede*.

Or ci sembra indubitato al pari del senso del vocabolo *successibile*, *supra*, n. 717; e basta ancora riflettere allo scopo propostosi dal legislatore, per rimanere convinto che, con la denominazione *coeredi*, l'art. 841 dinota tutti i successori a titolo universale, tutti coloro i quali han diritto di concorrere alla divisione *proprio jure*, sia in forza della legge, sia in forza della disposizione dell'uomo.

Di fatti il legislatore volle preservare le operazioni della divisione da' rigiri di un ces-

sionario speculatore, il quale potrebbe turbarla.

Or cotesto motivo applicasi a tutti coloro i quali han diritto di concorrere, *proprio jure* alla divisione, e sono interessati al non addivenire essa fonte di giudizi; e conseguentemente il retratto successorio debbe potersi esercitare da tutti coloro i quali sieno, *proprio jure*, successibili e condividenti.

Altronde nel testo medesimo dell'articolo in esame rinviesi ancora la ineluttabile prova esser questa la vera significazione del vocabolo *coerede*.

Di fatti lo stesso vocabolo, primamente adoperato nel primo membro di frase dell'articolo, vi comprende ad evidenza tutti i successibili indistintamente; e quando la legge dichiara potersi il retratto esercitare avverso qualunque persona cui un *coerede* avesse ceduto il suo diritto alla eredità, non potrebbe tornare dubbio dinotare essa, con la denominazione *coeredi*, tutti i successori universali qualsivogliano, impossessati o pur no, dunque, il figliuolo naturale ed il legatario a titolo universale al pari dell'erede legittimo: diversamente, se si volesse pretendere che il vocabolo *coerede*, in questa prima parte, applicasi al figliuolo legittimo, ne discenderebbe la impossibile conseguenza il cessionario, il cui diritto provenisse da un figliuolo naturale o da un legatario universale, non poter venire escluso, mentre il cessionario, il quale ripotesse il proprio diritto da un *erede legittimo*, potrebbe esserlo! (*V'ed. supra*, n. 777).

Or non potrebbe ammettere avere il legislatore adoperato lo stesso vocabolo, in luoghi sì prossimi, nel medesimo articolo, in due diversi significati?

Dunque il vocabolo *coerede*, il quale, nella prima parte dell'art. 841, comprende tutti i successibili, li comprende del pari nella seconda parte.

Val dire, in ultima analisi, i due vocaboli, *successibili* e *coeredi*, essere sinonimi e dinotare entrambi *condividenti*, o aventi diritto di concorrere alla divisione.

Ed ecco in qual guisa addivieno manifesta la correlazione da noi annunziata (*supra*, n. 716) fra le due quistioni: *chi e da chi* il retratto successorio possa esercitarsi: le quali quistioni sono in vero siffattamente connesse da potersi pressochè affermare costituirne una sola; dappoichè la medesima risposta occorre a risolvere ciascuna di esse: quindi possiamo conchiudere nel seguente modo:

Da un lato quegli avverso il quale il retratto successorio non potrebbe esercitare, se esso medesimo fosse cessionario, potrà esercitare il retratto successorio avverso un altro cessionario;

E d'altro lato quegli avverso il quale il retratto successorio potrebbe esercitare, se fosse esso medesimo cessionario, non potrà esercitare il retratto avverso un altro.

Altronde siffatta correlazione è sommamente logica; o piuttosto è necessaria ed inevitabile.

738. — Fermato cotesto principio, ci basterà rapidamente discorrere le varie ipotesi da noi svolte già nel risolvere la nostra prima questione, per applicare, su la seconda questione, correlativamente, le medesime soluzioni in senso inverso.

739. — È cosa naturale che l'erede legittimo possa esercitare il retratto successorio! (*supra*, n° 718).

740. — È uopo affermare altrettanto intorno a' successori irregolari; ed il figliuolo naturale, per esempio, potrebbe al certo escludere dalla divisione il cessionario non successibile, anche quando a costui provenisse il suo diritto da un legittimo erede (*supra*, n° 749, *confr.* decisi. C. di Nîmes 4 dicem. 1823, *Journet*, Dev. e Car., *Collez. nuova*, 7, II, 273; arresto C. cass. 8 giugno 1826, stesso parti, D. 1826, I, 305; 45 marzo 1831, Verneau, Dev., 1831, I, 483; *Merlin*, Rep., v. *Diritti successorii*, n° 9; Chabot, art. 844, n° 43; *Toullier* e *Duvergier*, t. II, n° 444; *Malpel*, n° 247; *Benolt*, n° 9, *Duranton*, t. VII, n. 486; *Demante*, t. III, n. 471 bis, I; *Zachariae*; *Aubry* e *Rau*, t. III, p. 325).

741. — La stessa soluzione è applicabile a' legatarii ed ai donatarii universali o a titolo universale, in piena proprietà o in nuda proprietà (*supra*, n. 720).

Siffatta applicazione della nostra regola è stata nondimeno oppugnata.

Laonde *Zachariae* insegna, in modo assoluto, che il diritto di retratto successorio appartiene a' soli eredi, val dire a' parenti legittimi del defunto, nello interesse de' quali unicamente sarebbe stato stabilito, e che è forza negarne l'esercizio, sia a successori irregolari, sia a legatarii o donatarii a titolo universale (*Massé* e *Vergé*, t. IV, p. 336, 337).

La stessa dottrina è stata recentemente ancora professata da *Ducaurroy*, *Bonnier* e *Houstaing*:

e i legatarii, a credere di quegli autori,

non si annodano necessariamente alla famiglia del defunto; e quindi non deggiono temere lo intervento di uno estraneo nelle operazioni della divisione: altronde osserviamo, essi dicono, che l'art. 844 racchiude una disposizione eccezionale, non suscettiva, in mancanza di un testo positivo, di venire estesa alle successioni testamentarie. » (T. II, n. 682; *agg. decis. C. di Bourges* 27 maggio 1842, *Mollet*, Dev. e Car., *Collez. nuova*, 4, II, 420; di *Tolosa* 20 maggio 1810, *Groc*, Dev., e Car., *Collez. nuova*, VI, II, 138; *Toullier*, t. II, n. 444, nota 4).

Trovasi già recata la nostra risposta.

Di fatti dimostrammo che il retratto successorio venne stabilito non solo nello interesse degli eredi legittimi, ma ad obbietto di serbare la buona intelligenza nelle operazioni della divisione, e conseguentemente nello interesse di tutti i successori chiamati alla divisione, a qualsivoglia titolo, in forza della legge o in forza della disposizione dell'uomo (*confr. infra*, n. 777; *dec. C. di Grenoble* 2 ag. 1818, *Sève*, Dev. e Car., *Collez. nuova*, V, II, 370, *arresto C. cass.* 24 apr. 1830, *Morin*, Dev., 1830, I, 469; *decis. C. di Caen* 19 marzo 1842, *Folliot*, Dev., 1843, II, 96; *Merlin*, Rep., v. *Diritti successorii*, n. 9; *Poujol*, art. 844, n. 2; *Benolt*, n. 5; *Belost-Jolimont* sopra *Chabot*, art. 844, Osserv. 4 e 6; *Vazeille*, art. 844, n. 5; *Zachariae*, *Aubry* e *Rau*, t. III, p. 325; *Demante*, t. III, n. 474 bis, II, *Dalruc*, n. 503).

742. — Altronde non importa menomamente che il successore universale o a titolo universale abbia accettato col beneficio dello inventario o puramente o semplicemente: il retratto successorio può esercitarsi dall'erede col beneficio dello inventario del pari che dall'erede puro e semplice (*supra*, n. 721).

Benolt, nel suo trattato del *Retrato successorio*, professa nondimeno opposto sentimento (n. 740).

Ma come dunque?

Forse l'erede col beneficio dello inventario non è erede?

No! risponde quello autore (p. 47).

Ora cotesta risposta torna manifestamente inammissibile; ed appunto perchè l'erede beneficiato reputasi al certo erede e convivente, trovasi indubitabilmente autorizzato, in forza del testo medesimo e de' motivi dell'art. 844, ad esercitare il retratto successorio.

743. — Nè debbesi avere alcun riguardo:

Sia alla maggiore o minore importanza del diritto ereditario: per quanto minimo possa es-

sero il diritto medesimo, quegli cui compete può esercitare il retratto;

Sia alla varia natura de' beni conseguiti dai successibili (*supra*, n. 722).

743. — Torna evidente che il parente, eziandio molto prossimo, non possa esercitare il retratto, se non trovisi chiamato alla eredità; dappoiché l'art. 844 dichiara poter venire esso medesimo escluso, se fosse cessionario (*supra*, n. 723).

Ed avverrebbe così, anche quando si trovasse essere il chiamato alla eredità in mancanza del cedente.

745. — Poco importerebbe del pari che chi voglia esercitare il retratto fosse non solo parente, ma eziandio successibile, se non fosse chiamato alla eredità in cui un diritto è stato ceduto a colui che egli pretendesse escludere.

Quindi l'ascendente non potrebbe esercitare il retratto avverso il cessionario dei diritti di uno degli eredi nella successione ordinaria (*supra*, n. 725).

746. — Similmente, anche quando chi voglia esercitare il retratto fosse erede, non potrebbe venire ammesso ad esercitarlo, se fosse stato escluso dalla eredità per le disposizioni del *de cuius* (*supra*, n. 724: *confr.* *decis.* C. di Nîmes 3 mag. 4828, Thomas, Sirey, 4828, II, 267).

747. — *A fortiori* avverrebbe lo stesso dell'erede il quale avesse rinunziato alla eredità o il quale ne fosse stato escluso come indegno (*supra*, n. 726: *confr.* *arresto* C. cass. 2 dic. 4829, Bossu, D., 4830, 4-16).

748. Eccezza nondimeno quando avesse rinunziato, per attenersi alla donazione o al legato universale, che gli lascerebbe, in forza di altro titolo, la qualità di successibile ed il diritto di concorrere alla divisione, (*supra*, n. 728).

749. — Il coerede, il quale avesse alienato i suoi diritti ereditarij, potrebbe forse dappoi esercitare il retratto successorio?

Avverso il proprio cessionario?

Ciò tornerebbe ad evidenza impossibile non solo nel caso in cui la cessione comprendesse la totalità de' diritti ereditarij del cedente; dappoiché allora costui, non avendo più diritto di concorrere alla divisione, avrebbe perduto la facoltà di esercitare il retratto, ma eziandio nel caso in cui la cessione comprendendo una parte de' diritti ereditarij, il cedente avesse ancor qualità per concorrere alla divisione per quella parte de' diritti ereditarij da lui conservata.

La opposta dottrina, insegnata da Dutruc, ci sembra affatto impossibile. Per sostenere che lo stesso cedente possa esercitare il retratto avverso il cessionario, i motivi addotti da quello autore sono che costui non ha diritto alla garanzia, e che tutte le considerazioni debbono tacersi innanzi al carattere di ordine pubblico attribuito alla surrogazione (n. 507).

Ma simile soluzione osteggia la buona fede e la logica:

La buona fede, la quale non permette a chi non abbia ceduto un diritto di convincere esso medesimo il cessionario: la esenzione di garanzia di fatti importa che il cedente non sarà tenuto di difendere il cessionario da altri, ma non mai che egli stesso potrà molestarlo; e, relativamente al carattere di ordine pubblico del retratto successorio, è eccessivamente esagerarlo il desumerlo siffatta conseguenza:

La logica, dappoiché « è cosa ripugnante, affermava Pothier circa il retratto familiare, che il venditore lo eserciti: essendo il retratto il diritto di assumere il posto del compratore estraneo e rendersi compratore in vece sua, torna manifesto esser cosa ripugnante che la stessa persona sia simultaneamente, rispetto al medesimo contratto, venditore e compratore. » (n. 449).

Laonde il modo onde rinviensi compilato l'art. 844 implica che il retratto possa esercitarsi soltanto da coeredi del cedente (*confr.* *arresto* C. cass. 27 giugno 1832, Jaudier, Dev., 4832, I, 852; Despeisses, P. 4, tit. 4, § 2; Pothier, *della Vendita*, n. 600).

750. — Ma avverso il cessionario de' diritti successorij di uno de' coeredi, lo stesso coerede il quale abbia ceduto i suoi diritti ereditarij potrebbe forse esercitare il retratto?

La negativa ci sembra pure indubitata, ad onta dell'opposto sentimento di Dalloz (*Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 1884), se abbia ceduto la totalità de' suoi diritti successorij; dappoiché ha perduto, mercè tal cessione, la qualità cui trovasi essenzialmente attribuito lo esercizio del retratto successorio, val dire la qualità di coadividente (*confr.* *decis.* C. di Tolosa 22 febr. 1840, Rivière, Dev., 1840, II, 318).

Avverrebbe forse lo stesso, se avesse ceduto una parte de' suoi diritti ereditarij?

La corte di Bastia giudicò così pel motivo: « Che, ella medesima chiamando persone terze alla successione della madre, la coerede

(la quale aveva alienato una parte de' suoi diritti), aveva col proprio fatto rinunziato ad un vantaggio dal legislatore precisamente stabilito nell' unico scopo d' impedire ad estranei d' immischiarsi, malgrado gli eredi, o segreti delle famiglie &c. (Decis. 23 marzo 1835, D., 4835, II, 58).

Ma è ciò, a parer nostro, fermare una esclusione, o piuttosto una decadenza, la quale non potrebbe giustificarsi in conformità del testo della legge, nè a norma de' suoi motivi:

Da un lato il testo medesimo dell' art. 841 permette a tutti i coeredi del cedente esercitare il retratto successorio: or chi abbia alienato una parte de' suoi diritti ereditarii, è sempre coerede, val dire condividente: dunque può sempre esercitare il retratto avverso il cessionario di uno de' suoi coeredi,

D' altro lato può sempre invocare eziandio i motivi oode trovati scritto l' art. 841; dappoichè è interessato ad escludere dalla divisione il cessionario, il quale potesse turbare. È ben vero avere egli medesimo ceduto una parte de' suoi diritti; ma ha potuto prescegliere il suo cessionario; ha potuto imporgli le sue condizioni, mentre nessuna di queste precauzioni eragli possibile riguardo al cessionario di uno de' suoi coeredi.

Dunque concludiamo il coerede, il quale abbia ceduto una parte de' suoi diritti ereditarii, poter esercitare il retratto avverso il cessionario di uno de' suoi coeredi (confr. decis. C. di Parigi 14 marzo 1859, d' Espagne, *Gazzetta del tribunale* de' 14 e 15 marzo 1859; Confians, art. 841, n. 20; Dutruc, n. 507).

751. — È forse oecessario affermare il legatario particolare non poter esercitare il retratto successorio?

Di fatti abbiamo dimostrato il retratto medesimo potersi per contrario esercitare avverso di lui! (*supra*, n. 731).

752. — E noi ne abbiamo inferito tutti i legatarii o donatarii di usufrutto, sia universale, sia a titolo universale, andare sottoposti al retratto (*supra*, n. 732).

Ne desumeremo altresì la correlativa e necessaria illazione egliino stessi non poterlo esercitare (confr. arresto C. cass. 26 nov. 1847, Durand, Dev., 1848, I, 21).

753. — Dagli stessi motivi similmente in cui fummo indotti a dividere il marito cessionario, in proprio nome, de' diritti di uno dei coeredi della moglie, andare sottoposto al re-

trato successorio (*supra*, n. 733), inferiamo non potere esso medesimo esercitare cotesto retratto.

754. — Parimente, avendo noi divisato il superstite de' coniugi, in comunione di beni, rendutosi cessionario di un diritto nella eredità del coniugo premorto, andare sottoposto al retratto (*supra*, n. 734), dubbiamo affermare non potere egli stesso esercitare tal retratto avverso altro cessionario.

755. — Rispetto alla quistione se, quando la eredità si ripartisca fra la linea paterna e la materna, il cessionario de' diritti di un successibile di una delle linee vada sottoposto al retratto da parte de' successibili dell' altra linea, risponderemo, come è noto:

Sì, qualora la divisione della eredità fra le due linee non abbia avuto ancor luogo;

No, qualora avendo avuto luogo la prima divisione, resti a procedere alla suddivisione fra ciascuna delle linee (*supra* n. 735).

La stessa distinzione ci sembra altresì applicabile al secondo aspetto di siffatta quistione.

Se la divisione della eredità totale fra le due linee abbia avuto luogo, è uopo rispondere negativamente; avvegnachè, nella seconda divisione, rimasta a fare in ciascuna delle linee, sono coeredi unicamente coloro che appartengono alla stessa linea, dovendo rimanere estranei alla seconda divisione quelli dell' altra linea (confr. decis. C. di Riom 9 marzo 1848, Andrad, Dev., 4850, II, 257). Avverrebbe così, anche quando si rivenisse, in una delle linee, un solo erede il quale avesse ceduto i suoi diritti, o tutti i coeredi della stessa linea avessero del pari ceduto i loro diritti: i successibili dell' altra linea sarebbero sempre incapaci di esercitare il retratto successorio: allora accadrebbe ciò che accade, quando un erede unico o quando tutti i coeredi abbiano ceduto i propri diritti nella eredità: allora i cessionarii non possono venire esclusi per la semplice ragione non esservi alcuno il quale abbia qualità per esercitare il retratto avverso di essi.

Se per contrario la divisione della totale eredità fra le due linee non abbia ancora avuto luogo, avvisiamo, non ostante una decisione io senso opposto della Corte di Grenoble (3 luglio 1824, Ferraod, D., 1825, II, 224), potersi il retratto esercitare da' successibili dell' altra linea; ed abbiamo già risposto l' articolo 733, in vece da' propugnatori della opposta opinione, non formare a ciò

veruno ostacolo; dappoichè, se il parente di una delle linee diviene quindi compratore della porzione ereditaria del parente dell'altra linea, nol diviene per effetto del devolvimento ma unicamente per effetto del retratto successorio.

Riguardiamo inammissibile la specie di emenda suggerita per questo ultimo caso da Chabot (art. 841, n. 47) e da Toullier (t. II, n. 443): quegli autori insegnano che il retratto potrebbe esercitare avverso il cessionario di un erede pertinente ad una delle linee appartenente all'altra linea, quando il cedente fosse solo erede nella sua linea, o quando tutti i coeredi nella stessa linea, cui la sua rinunzia avesse giovato, non volessero esercitare l'azion di surrogazione.

Ma è questa, a veder nostro, un' aberrazione da veri principi:

Prima della divisione della eredità fra le due linee, i parenti di ambedue le linee sono forse tutti coeredi?

Si indubitabilmente!

Sono forse tutti chiamati alla divisione della stessa eredità?

Si del pari! v. il tomo I, n. 367).

Dunque possono tutti egualmente esercitare il retratto successorio avverso il cessionario di uno de' coeredi, sia qualunque la linea o del cedente o del retratante.

« Diversamente, osserva benissimo l'onorevole Duvergier, converrebbe giugnere sino ad affermare la cessione fra successibili pertinenti a linee diverse andare sottoposta a retratto: or siffatta affermazione è ad evidenza insostenibile. » (Sopra Toullier, t. II, n. 443, nota a).

Abbiamo dimostrato l'erede di una delle linee, cessionario, prima della divisione generale, di uno degli eredi dell'altra linea, non andare sottoposto al retratto: or, se non vi va sottoposto, la conseguenza si è necessariamente poterlo esso medesimo esercitare avverso il cessionario di un successibile pertinente ad altra linea.

E poi, da ultimo, la dottrina da noi oppugnata, tornerebbe ancora, sotto altro punto di veduta, impossibile a sostenersi. E da riflettere di fatti cotesta dottrina non negare assolutamente a' coeredi di una delle linee il diritto di esercitare il retratto avverso il cessionario di uno de' coeredi dell'altra linea: per contrario essa scorge in loro il diritto medesimo: se non che pretende appartenere in primo ordine a' coeredi della stessa linea del

cedente, i quali debbono avere la preferenza su' coeredi dell'altra linea (Chabot, *loc. supra*).

Ma il testo dell'art. 841 conferisce sempre egualmente ed in concorso, la facoltà di esercitare il retratto a tutti i coeredi; e conseguentemente dilemma:

O gli eredi di entrambe le linee sono tutti egualmente coeredi; ed allora han tutti, egualmente ed in concorso, diritto di esercitare il retratto; ed il successibile della linea del cedente non potrebbe avere alcuna preferenza sul successibile dell'altra linea;

O non sono coeredi; ed allora il successibile, il quale non appartiene alla linea del cedente, non debbe mai poter esercitare il retratto, anche quando il successibile pertinente alla linea del cedente non volesse esercitarlo.

Or si conviene che egli possa esercitarlo, almeno in mancanza de' coeredi della linea del cedente; ebbene! diciamo che se può esercitarlo, la ragione si è esser coerede; e se è coerede, il diritto suo è uguale a quello di tutti gli altri coeredi (confr. decis. C. di Grenoble 3 luglio 1824, Ferrand, D. 1825, II, 77; di Parigi 14 feb. 1834, Rigouon, D., 1834, II, 56; Merio, *Rep.*, v. *Diritti successorii*, n. 9; Duranton, t. VII, n. 488; Marcadé, art. 841, n. 3; Malpel, n. 246; Vazeille, art. 841, n. 3; Ducanroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 482; Demante, t. III, n. 471 bis, II).

756.—E uopo applicare la stessa distinzione a' successibili delle varie stirpi o rami; e conseguentemente il retratto successorio potrà o pur non esercitarsi dal successibile di una delle stirpi avverso il cessionario del successibile di altra stirpe, secondo che la divisione della eredità totale avrà avuto o pur no luogo fra le varie stirpi (*supra*, n. 736).

757.—Il cessionario non successibile potrebbe forse esercitare il retratto avverso altro cessionario non successibile?

No al certo!

Eotrambi i cessionari, a dir vero, vanno sottoposti al retratto; ma ambedue non han diritto di esercitarlo: dappoichè il retratto non venne stabilito nello interesse de' cessionari estranei: l'art. 841 fu scritto contro e non a favore di essi! Altronde è manifesto che trovandosi entrambi rispettivamente, in pari causa, sono ambedue, eziandio rispettivamente, nella eguale impossibilità di escludersi (confr. Demante, t. III, n. 474 bis, I, nota 4).

758.—Il diritto di retratto successorio è

forse personale ai coeredi? La risposta da fare a tal quistione dipende dalla significazione, più o meno ampia, da attribuire al vocabolo *personale*; e per risolverlo convenutamente è necessario disaminare le varie ipotesi in cui possa sorgere.

Dunque ci faremo ad investigare se in qualità di retratto successorio, competente al coerede, possa esercitarsi da altri:

I. Sia nel corso di sua vita;

II. Sia dopo sua morte.

759. — I. E manifesto non potersi cedere il diritto di retratto successorio; e, sotto questo primo punto di veduta, puossi già affermare, sotto alcuni rapporti, essere personale.

Di fatti tal cessione produrrebbe l'unico risultato di sostituire un cessionario non successibile ad altro cessionario non successibile, senza conseguire menomamente lo scopo del retratto; dappoiché, come ben si comprende, il retratto non venne stabilito per formarne i coeredi, a loro piacimento, obbietto di speculazione o di traffico.

Altronde la soluzione dovrebbe essere la stessa, nel caso in cui il coerede avesse alienato il suo dritto di retratto a titolo gratuito; avvegnchè il diritto medesimo non esiste, per sé, indipendentemente dalla qualità di successibile; e l'erede, il quale conserva tutti i suoi diritti ereditari, non potrebbe staccare il diritto di retratto; di fatti come mai questo preteso donatario di retratto successorio potrebbe esercitarlo, non avendo diritto di concorrere alla divisione!

760. — La Corte di Montpellier giudicò che:

« Nulla impedisce che l'erede, riservando per sé medesimo lo esercizio del retratto successorio, ceda ad un terzo gli eventuali vantaggi che possano emergere da siffatto esercizio. » (Decis. 29 aprile 1857, Julien, D., 1857, II, 244; ngg. arresto C. cass. 34 maggio 1859, stesse parti, *Gazzetta dei Tribunali* del 4° giugno 1859).

Nella specie trattavasi di donazione; e quel giudicando comprova essersi già esercitato il retratto dallo stesso erede al tempo della donazione.

Quindi opiniamo che, in quello stato dei fatti, il giudicato venne legalmente emesso.

Non pertanto la formula della considerazione testè riportata è forse molto generale; ed il miglior partito sarebbe, a creder nostro, il non stabilire una tesi cotanto assoluta. Pothier insegnava che chi avesse ceduto il

DEMOLOMBE, Vol. VIII.

suo diritto di retratto familiare, dovesse esserne dichiarato decaduto; talchè il retratto non poteva allora esercitarsi dal cessionario, dappoiché era nullo in cessione, nè dal cedente, « dappoiché, insegnava Pothier, questa convenzione fa presumere la frode ed il cedente non esercita il retratto familiare nel proprio interesse. » (*Dei retratti*, n. 465). Sarebbe indubitatamente malagevole il pronunziare a priori tal decadenza avverso l'erede cedente; ma almeno dobbiamo sempre temere le stesse frodi, e che l'erede non eserciti il retratto nel proprio interesse: or non potrebbesi negare che la cessione degli eventuali vantaggi i quali potranno provenire dallo esercizio del retratto, possa divenire, sotto questo punto di veduta, sommamente sospetta, soprattutto se avesse avuto luogo a titolo oneroso; dunque non torna inutile fare riserva in questo senso.

761. — È dottrina generalmente invalsa i creditori di uno dei coeredi non potere esercitare il retratto successorio in nome del loro debitore.

È ben vero potersi obiettare:

Da un lato, che il diritto di retratto è trasmissibile ereditariamente ai successori degli eredi, e che conseguentemente non è esclusivamente attribuito alla persona del debitore, come converrebbe nondimeno, in conformità dell'art. 1166 — 1119, per negarsene lo sperimento ai creditori: *qua persona sunt, ad heredem non transeunt* (L. 496, ff. *De Regul. jur.*);

È d'altro lato, che i creditori dell'erede, avendo diritto d'intervenire nella divisione, ed anzi di promuoverla, in nome del loro debitore (art. 788, 882, 2205 — 705, 802, 2106), debbono aver diritto di esercitare altresì, in nome suo, tutte le azioni relative alla divisione, nel cui novero rinviensi il retratto successorio, allo esercizio del quale essi medesimi hanno interesse, per impedire che le operazioni della divisione vengano turbate dalle difficoltà, che il cessionario potrebbe arrecarvi.

Tali motivi indubitatamente non vanno sformati di gravità; e non pertanto rvisiamo la upposta dottrina essere meglio fondata.

Di fatti dall'essere il diritto ereditariamente trasmissibile non sempre è da inferire non trovarsi esclusivamente attribuito alla persona, nel senso dell'art. 1166, e potersi esercitare dai creditori di colui al quale appartiene: noi già ne adducemmo un esempio (V. il

nostro Trattato della paternità e della filiazione, n. 283).

E, relativamente al secondo motivo, conviene rispondere che gli stessi eredi dell'erede, in ultima analisi, non sono eredi; che sono semplicemente terzi estranei all'erede; e che il retratto successorio esercitato da essi produrrebbe finalmente l'unico risultato di surrogare al terzo estraneo alla eredità persone terze estranee al pari di lui. Le considerazioni che fecero stabilire il retratto successorio, il desiderio di sottrarre agli estranei i domestici segreti, di serbare nelle divisioni la tranquillità e la buona armonia, considerazioni tutte di ordine morale, sembrano non permettere attribuirsi simigliante facoltà a eredi, i quali vengono sempre mossi da pecuniario interesse (confr. arresto C. cass. 44 luglio 1824, Falère, D., 1834, I, 281; decis. C. di Montpellier 16 luglio 1853, Gayral, Dev., 1854, II, 304; ved. pure arresto C. cass. 28 giugno 1836, Thorel, D., 1836, I, 352; decis. C. di Bordò 16 marzo 1832, Mothes, D., 1832, II, 468; Toullier, t. VI, n. 375; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 341, oss. 8; Proudhon, Dell'usufrutto, t. V, n. 2345; Zachariae, Aubry e Rau, t. III, pag. 82 o 323; Massé e Vergé, t. IV, p. 337; Dutruc, n. 509; Benoît, n. 48; D., *Nac. alfab.*, v. *Successioni*, n. 1888).

762. — Se uno dei coeredi avesse donato tra vivi o legato i suoi diritti ereditari, il donatario o il legatario potrebbe forse esercitare il retratto successorio?

Non dovrebbero negativamente rispondere: di fatti questo donatario non è erede, non è successibile; è un semplice avente causa a titolo singolare; ed il diritto di esercitare il retratto successorio, come dichiarò la Corte di Bordò, non è un diritto dipendente dalla eredità, ma un diritto conceduto alla persona dei successibili (Decis. 16 marzo 1832, Mothes, D. 1832, II, 468; confr. Merlin, *Quist. di diritto*, v. *Diritti successorii*, § 2, n. 2).

Ma non pertanto il donatario medesimo di diritti successorii non andrebbe sottoposto a retratto (infra, n. 93): or non è regola della subbietta materia quegli, avverso il quale il retratto non puossi esercitare, aver qualità per esercitarlo esso medesimo (supra, n. 37). Obbiettasi il diritto di retratto trovarsi attribuito alla persona degli eredi e non formar parte della eredità. Ma per l'opposto dimostreremo trasmettersi ai successori dell'erede; e se costoro possono esercitarlo, la ra-

gione si è essere suoi aventi causa, ed il retratto successorio formar parte dei diritti ereditarii loro trasmessi: or il donatario tra vivi non è forse l'avente causa del donante, relativamente a tutte le azioni comprese nei diritti ereditarii formanti l'oggetto della donazione?

763. — Il. Abbiamo affermato il diritto di retratto successorio essere trasmissibile ai successori dell'erede; e di fatti avvisiamo potersi esercitare, dopo di lui, sia dall'erede legittimo, sia dal successore irregolare, sia dal legatario o dal donatario universale o a titolo universale.

Sappiamo essersi oppugnata cotesta dottrina (confr. decis. C. di Bourges 27 mag. 1812, Mallet, Dev. e Car., *Collez. nuova*, 4, II, 120; di Tolosa 20 agosto 1819, Groc, Dev. e Car., *Collez. nuova*, 6, II, 438; D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 1874).

Ma essa ci pare unisona a' principii: di fatti il retratto successorio, comunque costituisca, sotto alcuni punti di veduta, un diritto personale ai coeredi, forma nondimeno sempre parte dei loro ereditarii diritti; e quindi debbesi trasmettere a chiunque consegua i diritti medesimi (confr. arresto C. cass. 8 giugno 1826, Journet, D., 1826, I, 401; Zachariae, Aubry e Rau, t. III, p. 82; Massé o Vergé, t. IV, pag. 337; Duranton, t. VII, n. 193; Dutruc, n. 508).

A'onde poco monta che la cessione abbia avuto luogo prima della morte dell'erede, il cui successore voglia esercitare il retratto, o che abbia avuto luogo dappoi.

E neppure è da aver riguardo se il cedente abbia alienato i suoi diritti nella eredità del comune autore, ovvero abbia del pari alienato i suoi diritti nella eredità del suo coerede, sia per un solo e medesimo prezzo, sia per prezzi diversi.

764. — Si è similmente giudicato il retratto successorio potersi esercitare dal curatore alla eredità giacente di uno dei coeredi (Decis. C. di Montpellier 8 giugno 1848, Alaux, Dev., 1849, II, 279).

E noi opiniamo essere ben fondato cotesto modo di decidere, ad onta dei dispareri cui ha dato luogo (confr. Dalloz, 1848, II, 435, nota 4; Dutruc, n. 510; sentenza del trib. civ. di Tulle 3 ag. 1842, D., 1842, IV, 290).

Si accagiona alla Corte di Montpellier essere incorsa in una confusione con lo assimsigliare il curatore all'erede beneficiario: si sostiene che se l'erede col beneficio dello in-

ventario può esercitarlo il retratto successorio, può esercitarlo non in forza delle sue facoltà di amministrazione, ma semplicemente nella sua qualità di successibile.

In vero avvisiamo rinvenirsi qui una confusione; ma da qual parte deriva? la colpa non è, a credere nostro, della dottrina fermata con quella decisione; avvegnachè è manifesto che quando viene assimilato, sotto questo rapporto, il curatore all'erede beneficiato, si presuppone, per entrambi, la ipotesi in cui trattisi di retratto successorio da esercitare dal lato di un coerede trapassato, ed il quale rinviensi nella sua eredità: or, in tal caso, non nella sua qualità di coerede del cedente, ma nella sua qualità di successore di uno dei coeredi del cedente medesimo, l'erede beneficiato eserciterà il retratto; e, così stabilito il fatto, ragionevolmente, a parer nostro, si conchiude che, potendo l'erede beneficiato esercitarlo il retratto, il curatore debbe potere esercitarlo del pari (confr. il t. III, n. 430 e seg.; Zachariae, Aubry e Rau, t. III, p. 325).

765. — Il coerede il quale abbia, di propria ragione, diritto di esercitare il retratto successorio avverso il cessionario di diritti ereditarii, dovrebbe forse nondimeno venir dichiarato incapace di esercitarlo, se fosse divenuto erede puro e semplice del cedente?

Non potrebbero forse così ragionare:

E indubitato che lo stesso cedente non può esercitare il retratto avverso il proprio cessionario (*supra*, n. 48): or l'erede puro e semplice rappresenta il cedente, suo autore, per guisa da reputarsi avere egli medesimo consentito alla cessione: dunque non può, al pari del suo autore, evincere il cessionario al quale costui ha trasmesso i suoi diritti.

Effettivamente così aveva statuito la Corte di Digione:

« Considerando che gli eredi del cedente « di diritti ereditarii andando sottoposti alla « garanzia dei fatti del proprio autore, reputansi incapaci di esercitare il retratto successorio, per la massima: *Quem de evictione*, ec. » (Decis. 16 dic. 1840, Lachazée, Dev., 1844, I, 603; confr. eziandio arresto C. cass. 27 giugno 1832, Jaudier, D., 1832, I, 241).

Ma la suprema corte cassò quella decisione, e, a parer nostro, con sommo fondamento;

Di fatti erroneamente invocavasi, in quella congiuntura, la massima: *Quem de evictione*,

ec.; avvegnachè precisamente il coerede, il quale ceda i suoi diritti ereditarii, non è tenuto, verso il cessionario, a veruna garanzia, per lo esercizio del retratto successorio; e ciò torna semplicissimo, presumendosi di pieno diritto cotesta causa legale di ovizione nota e preventivamente accettata dal cessionario: quindi il prezzo della cessione vien sempre determinato in conseguenza! se lo stesso cedente non può evincere il cessionario, nol può dunque non per effetto di obbligazione di garanzia da lui non assunta; ma unicamente per aver promesso il proprio fatto, e per essersi obbligato, circa il diritto a lui competente di propria ragione, a non recedere dalla cessione da esso consentita; epperò l'erede, eziandio puro e semplice del cedente, è tenuto verso il cessionario solo per quanto riguarda il proprio fatto ed il diritto personale dello stesso cedente;

Or, supponiamo avere cotesto erede, di propria ragione e nel proprio interesse, diritto di esercitare il retratto successorio;

Dunque nulla gl'impedisce di esercitarlo, dappoichè da un lato è tenuto semplicemente, verso il cessionario, come erede del cedente, a non recedere dalla cessione da parte di costui; e d'altro lato ne recede di fatti unicamente da parte propria.

Laonde, nel nostro antico diritto, statuivasi che l'erede poteva sempre esercitare il retratto familiare, comunque divenuto erede del venditore (Pothier, *dei Retratti*, n. 455; confr. arresto C. cass. 45 mag. 1844, Lachazée, Dev., 1844, I, 605; Zachariae, Aubry e Rau, t. III, p. 325).

766. — Viemaggiormente! converrebbe, a parer nostro, statuire lo stesso cedente poter esercitare il retratto avverso il proprio cessionario, se fosse divenuto, dopo la cessione, erede di uno dei suoi coeredi, il quale aveva diritto di esercitarlo.

È questo sempre lo stesso argomento, e del pari decisivo!

Il cedente ha alienato il diritto che aveva di propria ragione, *ex propria persona*, come insegnava Pothier; e si è obbligato entro questo limite;

Or il diritto che egli esercita attualmente gli proviene da parte di un altro;

Dunque può egli medesimo esercitarlo; dappoichè la cessione anteriore da lui consentita non comprendeva il diritto medesimo (confr. Pothier, *loc. supra*, n. 454).

767. — Non pertanto la Corte di cassazione

ne non è ita troppo oltre, quando, per provare l'eredità del cedente poter esercitare, di propria ragione, il retratto successorio, ha dichiarato che:

« Il retratto successorio poggia su motivi di ordine pubblico, e che nessuna stipulazione fra il cedente ed il cessionario può sottrarre costui alla sua applicazione.... » (Arresto 15 maggio 1844, cit. supra).

Suppongasì, per esempio, che il cedente con espressa clausola abbia promesso al cessionario di garantirlo dall'esercizio del retratto.

Forse l'erede puro e semplice del cedente potrebbe, in questo caso, esercitare, eziandio di propria ragione, il retratto avverso il cessionario?

Non sapremmo, in quanto a noi, ammettere siffatta dottrina.

Conosciamo che parecchi autori insegnavano un tempo essere uopo riguardare nulla la clausola onde il venditore prometteva al compratore di garantirlo dal retratto familiare; ma Pothier divideva per contrario esser valida cotesta clausola; ed i suoi argomenti erano, a parer nostro, perentori (confr. *dei Retratti*, n. 43 e 456): or, se tal clausola era valida in materia di retratto familiare, val dire di retratto stabilito per considerazioni del più elevato ordine, e per politico e sociale interesse, a fortiori debbesi ammettere in materia di retratto successorio, il quale, comunque fondato su taluni motivi di generale interesse, tocca nondimeno anche molto da vicino il particolare interesse dei coeredi.

768. — Ed è questa la ragione per cui opiniamo similmente essere mestieri reputar valida la rinunzia che il coerede del cedente avesse fatta al dritto di esercitare il retratto, sia che l'avesse fatta nel momento stesso della cessione o dopo, gratuitamente o per un prezzo.

Puossi indubitabilmente obiettare, con alquanto vigore, non esser lecito derogare, con particolari convenzioni, alle leggi riguardanti l'ordine pubblico (art. 6 — 7), e la legge che stabilì il retratto successorio interessare il buon ordine delle famiglie, e conseguentemente altresì il buon ordine della società. Puossi aggiugnere che se l'esercizio del retratto successorio è facoltativo da parte dei coeredi, lo è semplicemente nel senso essere in loro arbitrio di esercitarlo o pur no, ma che non ne conseguita potere eglieno preventivamente rinunziarvi espressamente, nè soprattutto essi medesimi formarne l'obiettivo

di speculazione e di traffico pecuniario: quindi il nostro onorevole collega Tanlier insegna gli eredi non poter rinunziare tacitamente, nè espressamente al retratto successorio (L. III, p. 392; ved. pure Dutruc, n. 519, nota 5).

Ma non pertanto Pothier insegna che « la convenzione dell'erede col compratore, sia prima, sia dopo il contratto di vendita, di non esercitare il retratto familiare, lo rende incapace di esercitarlo; dappoichè lice ad ognuno rinunziare al diritto stabilito a suo vantaggio (*dei Retratti*, n. 462).

Or, come mai diversamente avverrebbe del retratto successorio? È ben vero che il retratto medesimo, riguardato come stabilimento legislativo, è poggiato su motivi di generale interesse; ma in ultima analisi trovasi concesso al coerede con facoltà di esercitarlo o pur no; e, considerandolo in persona dell'erede, torna malagevole il non ravvisarvi il carattere di un diritto rispetto a cui compete supremamente allo stesso erede il determinare se convenga che vi rinunzi o lo eserciti. Difatti non può forse ravvisare che la cessione, fatta da uno dei suoi coeredi, non offre, per la persona del cessionario e le altre circostanze, i pericoli che il legislatore volle attenerne? (confr. *decis. C. di Orleans* 18 maggio 1839, *Chauveau, Dev.*, 4839, II, 386; *Agen* 8 aprile 1845, *Lafaurio, D.*, 4845, II, 423; *di Limoges* 14 marzo 1848, *Moisset, Dev.*, 4848, II, 454; *Toullier, t. II*, n. 448; *Confians, art.* 841, n. 7 e 20; *Marcadé, articolo* 841, n. 4).

769. — Dal testo medesimo dell'art. 841 risulta potersi il retratto esercitare, sia da tutt'i coeredi congiuntamente, sia da ciascuno di essi individualmente.

Consequentemente, riguardo al cessionario, la dimanda di retratto procede regolarmente, anche quando venga formata da alcuni oppure da un solo dei coeredi; e non potrebbe pretendere essere irrilevante la dimanda medesima, dappoichè tutti i coeredi non vi figurano, e molto meno volerne circoscrivere lo effetto alla quota ereditaria dello attore; avvegnachè è manifesto il retratto poter raggiungere lo scopo essenziale cui mira sol quando si applichi alla intera cessione (confr. *arresto C. cass.* 14 giugno 1820, *Larivière, D.*, 4821, I, 38; *decis. C. di Bastia* 23 marzo 1835, *Limazola, D.*, 4835, II, 28).

770. — Fra' coeredi neppure si andrà incontro a difficoltà, quando avranno tutti congiuntamente esercitato il retratto.

Allora tornerà semplicissimo che il vantaggio, il quale potrà provenirne, venga diviso tra essi in proporzione del diritto ereditario di ciascuno nei beni da dividere.

771. — Se taluni soltanto dei coeredi abbiano esercitato il retratto, la regola dovrà essere la stessa, val dire che la porzione di quello o di quelli i quali non saranno concorsi allo esercizio del retratto accrescerà la quota di quelli che lo esercitarono, in proporzione dei diritti ereditari di ciascuno di essi nella massa divisibile (confr. Chabot, articolo 844, n. 45; Toullier, t. II, n. 437; Vazeille, art. 844, n. 20; Taulier, t. III, p. 299; Dutruc, n. 511).

772. — Ma è questione di procaccio scioglimento quella se il coerede o i coeredi i quali abbiano esercitato il retratto successorio, senza concorrervi nè esservi negati a concorrere gli altri coeredi, possano venire astretti a far partecipare costoro al vantaggio del retratto.

Tal questione è pure importante: dappoichè è noto che i compratori di diritti ereditari sono abbastanza abituati a contrattare con vantaggiose condizioni e fare anche in generale ottimi contratti; per modo che lo esercizio del retratto successorio può spesso formare, pel coerede retraente, occasione di considerevole vantaggio.

Ebbene! dunque sarà forse tenuto di porre il vantaggio stesso in comunanza con quei coeredi, i quali non avranno esercitato il retratto?

Per l'affermativa potrebbesi così ragionare.

4° Quando un diritto appartenga solidalmente a più persone, torna impossibile che un solo se ne approprii esclusivamente il vantaggio, esercitandolo nel suo particolare interesse: per contrario la logica e l'equità richiedono che l'esercizio del collettivo diritto da parte di uno o più di tutti coloro ai quali quel diritto apparteneva in comune;

Or l'art. 844 attribuisce il diritto di retratto successorio a tutti i coeredi solidalmente.

Dunque uno di essi non può esercitarlo nel proprio interesse, per modo da attribuirne a lui il vantaggio, ad esclusione degli altri, il cui diritto era eguale al suo.

Laonde è notevole che l'art. 844, nel determinare lo effetto del retratto, si limita a dichiarare doversi il cessionario escludere dalla divisione; non accenna monomamente, come conseguenza, la surrogazione di chi l'abbia esercitato; e dal silenzio medesimo

debbe inferire che, una volta escluso il cessionario, i diritti a lui ceduti tornano di pieno diritto nella massa divisibile a comune vantaggio di ciascuno di coloro che trovansi chiamati a parteciparvi.

2° Cotesi soluzione, si è soggiunto, è altronde unisona al principio generale, a norma di cui i soci son tenuti porre scambievolmente in comunanza il vantaggio che ognuno di essi potesse conseguire in qualità di socio;

Ed è dessa soprattutto equa; dappoichè serba fra' condividenti quella eguaglianza richiesta dovunque dal legislatore: di fatti non sarebbe forse iniquo che il retratto successorio divenisse il premio del più sollecito, e che il più diligente, o piuttosto che quello dei coeredi cui fortunate circostanze avessero permesso di essere il primo a formarne la domanda, ne conseguisse solo il vantaggio, ad esclusione de' suoi coeredi, che per lontananza o altra causa accidentale non avessero potuto unirsi a lui. È questa la ragione per cui precisamente l'antico diritto ammetteva che fra due eredi dello stesso grado, eni compete il diritto di retratto familiare, quello che fu il primo ad esercitarlo, poteva venire astretto entro l'anno di far partecipare l'altro al vantaggio: ... *ne unus festinatione alterius jus laedatur* (Zozio, lib. XVIII, tit. 3, *De retractu gentilitio*, n. 61, 62; confr. Merlin; *Quist. di dir.*, t. III, v. *Retrato successorio*, ed *Addizioni*, t. IX, eod. v.).

Ad onta di siffatti argomenti la opposta dottrina venne generalmente ammessa; ed essa ci sembra di fatti meglio fondata sotto il duplice punto di veduta de' testi e de' principi:

4° A norma dell' art. 844 il diritto di retratto compete non solo a tutti i coeredi congiuntamente, ma eziandio a ciascun di essi individualmente;

Or chi abbia esercitato, nel suo particolare interesse ed a suo rischio, un diritto a lui proprio, non è obbligato, come ben si comprende, di far partecipare gli altri al vantaggio trattone;

Dunque, quando uno de' coeredi abbia esercitato solo, in suo particolare nome ed a proprio rischio, il retratto successorio, non potrebbe venire astretto a porre in comunanza il vantaggio, che può emergere.

Adarno obbietti l'articolo in esame non avere stabilito la surrogazione del retraente nel luogo del retratto; avvegnacchè la surrogazione medesima è lo effetto naturale del retratto a pro di chiunque abbia qualità per

esercitarlo; o conseguentemente l'art. 841, pel motivo medesimo che attribuisce a ciascuno de' coeredi individualmente qualità per esercitare il retratto, stabilisce necessariamente altresì la surrogazione a pro di quello fra essi che l'abbia di fatti esercitato.

2° Rispetto all' argomento consistente nel sostenere dovere i coeredi, per regola generale, al pari dei soci, porre in comunanza i vantaggi che ciascuno di essi abbia potuto conseguire in occasione de' beni ereditarii, noi già ne ragionammo; e ci pare sempre costoso assomigliamento fra coeredi ed i soci contrario a' veri principii (ved. il tomo III, n. 482); anzi è uopo aggiugnere qui andare inoltre incontro ad obbiezione nel testo medesimo dell' art. 841, il quale, attribuendo a ciascun de' coeredi separatamente il diritto di agire, gli attribuisce per lo stesso motivo separatamente il vantaggio tratto dalla sua azione.

Forse il coerede sarebbe stato in obbligo di far partecipare al vantaggio conseguito dal contratto il suo coerede, qualora, in vece di esercitare il retratto avverso il cessionario di uno de' suoi coeredi, avesse esso medesimo direttamente comprato i diritti del cedente? No al certo! (ved. supra, n. 47): or, che mai importa i medesimi diritti ereditarii provenirgli dall'esercizio di un retratto o da cessione direttamente fattagli? il risultamento dell' esercizio del retratto non è forse il sostituirlo al cessionario, come avesse esso medesimo direttamente contrattato col cedente?

3° Altronde cotesta soluzione è unisona a principii peculiari al nostro sabbietto. Quale è mai lo scopo cui mirò il legislatore con l'art. 841? forse il procacciare ai coeredi del cedente un pecuniario vantaggio? no indubbiamente! (Supra, n. 40). Ciò cui egli mirò ai è il permetter loro di escludere dalla divisione il cessionario estraneo;

Or questo unico scopo del retratto trovasi raggiunto, tostochè il cessionario venga escluso, eziandio da un solo dei coeredi; ed è permesso affermare, in questo senso, che tutti i coeredi conseguano il vantaggio emergente dal retratto esercitato da uno di essi, avuto riguardo alla sola specie di vantaggio, cui il legislatore abbia posto mente.

4. Forse quello frai coeredi il quale abbia solo esercitato il retratto potrebbe astringere i suoi coeredi a parteciparvi e sopportarne i pesi, se il contratto riuscisse svantaggioso? nessuno il sostiene;

Or, se i suoi coeredi non trovansi vincolati verso di lui, forse la ragione si è dunque non essere stato, esercitando il retratto, nè socio nè loro mandatario? e non potendo il coerede astringerli a partecipare con lui alla perdita nascente da non ben riuscito contratto, la logica e l'equità richieggono non potere egli astringerlo a dividere con essi il vantaggio emergente da prospera operazione: *quem sequuntur commoda, eundem aequi debent incommoda*.

Sappiamo potersi sostenere quello fra coeredi il quale abbia esercitato il retratto poter costituire i suoi coeredi in mora di unirsi a lui, e quindi dovere accagionare a sè stesso tale ineguaglianza di evento cui trovasi sottoposto, per proprio fatto, riguardo ad essi. Cotesta osservazione non è sornita di gravezza; ed avremmo compreso forse che il legislatore stabilisse sotto questo rapporto, in altra guisa, il retratto successorio, permettendo ad un solo de' coeredi esercitarlo nel suo particolare interesse unicamente dietro il rifiuto dei suoi coeredi di unirsi a lui per esercitarlo in comune; ma ciò che il legislatore avrebbe potuto fare non lo ha fatto; tutto l'opposto egli ha attribuito a ciascun di essi il diritto individuale e diretto nel suo particolare interesse ed a suo rischio; e non potrebbe, al cospetto della legge, incolpare al coerede di avere esercitato il retratto, nè desumere avverso di lui un argomento dal non averne avvertito i coeredi.

773. — Ma allora, esclamasi, cotesto diritto di retratto successorio sarà il premio della sollecitudine e lo effetto del caso!

La risposta a questa ultima obbiezione rinviensi nella soluzione che ci rimane a dare ad altra quistione, la quale intimamente annodasi a quella già disaminata, cioè:

A cominciare da qual momento il coerede, il quale fu il primo ad esercitare il retratto, dovrà considerarsi impossessato, per modo che i suoi coeredi non possono più unirsi a lui per dividere il vantaggio?

1. I propugnatori di una prima opinione sostengono che il diritto trovavasi già acquistato dal coerede per l' unica circostanza essere stato il primo a formare la dimanda di retratto avverso il cessionario (Duranton, t. VII, n. 499).

E potrebbe invocare in questo senso la disposizione delle antiche consuetudini, a norma di cui, fra più eredi capaci di esercitare il retratto chi fosse stato il primo a formare

atto di citazione veniva loro preferito (confr. consuet. di Nivernese, del *Retrato familiare*, art. XVII; e Goy-Coquille su tale articolo).

Ma da un lato non opiniamo che il coerede, il quale abbia semplicemente appalesato la volontà sua di esercitare il retratto, possa considerarsi come impossessato, sino a quando il cessionario non abbia volontariamente o giudizialmente prestata acquiescenza; e d'altro lato è manifesto cotesta soluzione tornare di grave detrimento alla intera nostra dottrina, o favorirebbe sommamente coloro i quali non vogliono che il retratto medesimo, come esprimonsi, sia il premio della sollecitudine.

II. A credere de' propugnatori di una seconda opinione, estrema in senso, converrebbe, per non essere gli altri coeredi più in tempo di dimandare partecipazione all'esercizio del retratto, che il rimborso del prezzo della cessione si fosse fatto dal retraente al retratto (confr. Toullier, t. II, n. 438; Chabot, articolo 844, num. 16; Toullier, t. III, pag. 320).

Ma la rimborsazione è la esecuzione in fatto del retratto; ed il retratto stesso in diritto può trovarsi perfezionato fra il surrogato ed il surrogato, prima della effettiva rimborsazione, per cui eziandio qualche dilazione avrebbersi potuto convenire fra le parti.

III. Dunque la veridica opinione ci sembra esser quella, i cui propugnatori considerano compiuto il retratto, e conseguentemente acquistato il diritto da quello fra' coeredi che l'abbia esercitato, quando rinvongasi, sia una volontaria acquiescenza da parte del surrogato, sia un giudicato onde trovasi ammesso il retratto (confr. decis. C. di Besanzone 42 genn. 1808, Pénaud, Dev., 1836, II, 55, nota 4; di Brusselle 40 nov. 1820, Bnyssens, Dev. e Car., *Collez. nuova*, 6, II, 324; di Montpellier 7 luglio 1824, Bouteille, Si-rey, 1825, II, 213; arresto C. cass. 28 giugno 1836, Thorel, Dev., 1836, I, 547; decis. C. di Limoges 30 giugno 1852, Grange, Dev., 1852, II, 559; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 438, nota a; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 844, osserva. 8, Benoit, n. 45, 46; Malpel, n. 248; Poujol, art. 844, n. 7; Marcadé art. 844, n. 3; Ducaurroy, Bonnier e Roussting, t. II, n. 683; Demande, t. III, n. 474 bis, IV; Dutruc, n. 541, 542; Zachariae, Aubry e Rau, t. III, p. 326; Massé e Vergé, t. IV, p. 337).

774. — Dunque quando siasi formata una dimanda di retratto successorio da uno dei coeredi, è uopo che gli altri coeredi, i quali vogliano esercitare eziandio il retratto, concorrano alla dimanda medesima prima di venire definitivamente giudicata; e che vi concorrano non conditionalmente, ma puramente o semplicemente, per modo da correre l'alea prospera o infelice dell'azione esercitata (confr. arresto C. cass. 29 die. 1829, Brechard, D., 1830, I, 48).

II.

Quali cessioni possano dar luogo all'esercizio del retratto successorio.

SOMMARIO.

775. — Due condizioni sono necessarie per poter la cessione dar luogo all'esercizio del retratto successorio:

776. — A. E' uopo che la cessione sia fatta da un coerede, ed abbia per oggetto il suo diritto alla eredità. — *Quale è qui il senso del vocabolo coerede?*

777. — Continuazione.

778. — Continuazione.

779. — Qual è mai il senso della espressione suo diritto alla eredità?

780. — Continuazione.

781. — *Quid*, se la cessione riguardi una quota-parte della porzione ereditaria spettata al coerede?

782. — *Quid*, se riguardi una porzione indivisa in uno o più oggetti determinati della eredità?

783. — Continuazione.

784. — Continuazione.

785. — *Quid*, se la cessione di una parte indivisa in oggetti determinati ed indicati comprendesse di fatto tutto gli oggetti onde si compone la eredità?

786. — Quando la divisione generale delle eredità abbia avuto luogo, la cessione fatta da uno de' coeredi della sua porzione indivisa in uno o più oggetti determinati rimasti indivisi non va sottoposta a retratto.

787. — Non è necessario, per poterla esercitare il retratto successorio, che il diritto ceduto sia litigioso.

788. — Poco monta l'epoca in cui la cessione venne fatta; o non è da distinguere se abbia avuto luogo prima o nel corso delle operazioni della divisione.

789. — La cessione, seguita dopo compiuta la divisione, ad evidenza non va sottoposta al retratto successorio.

790. — Continuazione. — *Quid* nondimeno, se la divisione venisse dichiarata nulla?

791. — Continuazione.

792. — Continuazione.

793. — Il retratto successorio non potrebbe esercitarsi contro la cessione di diritti indivisi in una comunione coniugale; nè contro la cessione di una porzione indivisa in una cosa certa e determinata comune fra più persone.

794. — B. E' uopo, in secondo luogo, per poterla esercitare il retratto successorio, che la cessione sia fatta a titolo oneroso.

795. — *Quid*, se la donazione o il legato di diritti ereditari si fosse fatta con alcuni pesi imposti al donatario o legatario?

796. — *Quid*, se lo stesso individuo sia simultaneamente cessionario a titolo oneroso e donatario di diritti ereditari nella stessa eredità?

797. — *Quid*, se il donatario o il legatario de' diritti ereditari di un coerede avesse goduto i diritti medesimi a titolo oneroso? il suo cessionario andrebbe forse sottoposto al retratto?

798. — *Quid* circa il sub-cessionario a titolo gratuito del cessionario a titolo oneroso?

799. — *Quid*, se posteriormente alla cessione a titolo oneroso di diritti ereditari, il cedente facesse al cessionario la stessa remissione del prezzo?

800. — Il retratto successorio può forse esercitarsi contro colui al quale un coerede abbia ceduto i suoi diritti ereditari in pagamento di ciò che gli doveva?

801. — La cessione di diritti ereditari per pubblica aggiudicazione va forse sottoposta al retratto?

802. — Non è da distinguere in che mai consista il prezzo merce di cui la cessione abbia avuto luogo.

803. — Cuiene preservarsi da' mezzi obliqui merce di cui il cedente ed il cessionario cercassero sottrarre la cessione al retratto successorio. — Esempi.

804. — Continuazione. — Le frodi di questo genere possono dimostrarsi per tutti i mezzi.

805. — Debbono forse dichiararsi nulla le clausole inserite nell'atto di cessione di diritti ereditari, dovendosi la cessione medesima rimanere priva di effetto, nel caso in cui il retratto successorio venisse esercitato?

775. — A norma dell'art. 841 — 760; qualunque persona non successibile, cui un coerede abbia ceduto i suoi diritti all'eredità, può essere esclusa dalla divisione da tutti i coeredi o da un solo, rimborsandole il prezzo della cessione.

Dalla qual disposizione discende esser necessario due condizioni per poter la cessione dar luogo a retratto successorio, cioè:

A. Che si sia fatta da un coerede ed abbia per obbietto un diritto alla eredità.

B. Che si sia fatta a titolo oneroso.

776. — Diciamo esser primamente necessario che la cessione si sia fatta da un coerede.

Il senso di questo vocabolo, nell'articolo in esame, ei è ora manifesto; e sappiamo dinotare, chiunque consegua una quota-parte della universalità ereditaria, val dire essere sinonimo di successibile o successore a titolo universale (supra, n. 46 e 36).

Altronde il significato del vocabolo coerede rinviensi qui più specialmente determinato dalla espressione suo diritto alla eredità, la quale dinota, come bentosto ravviseremo, i suoi diritti ereditari, la sua quota ereditaria; dappoiché è manifesto soltanto un co-

erede poter cedere i suoi diritti ereditari.

E di qui discende, relativamente alla persona del cedente, la duplice conseguenza:

Da un lato, che ogni cessione fatta da un successibile va sottoposta al retratto, quando abbia per obbietto, come ben si comprende, un diritto alla eredità (ved. infra, n. 78).

E d'altro lato, che ogni cessione fatta da un individuo non successibile ne va per contrario immune.

777. — Quindi poco monta che la cessione si sia fatta da un eredelegittimo, o da un successore irregolare, o da un legatario a titolo universale.

Gli uni al pari degli altri trovandosi chiamati a conseguire la eredità a titolo universale, reputansi egualmente coeredi nel senso dell'articolo in esame; e conseguentemente la cessione da essi fatta va sottoposta al retratto.

Diversamento, e se il vocabolo coerede comprendesse qui i soli eredi legittimi, ne conseguirebbe la contraddizione flagrante e veramente impossibile, che la cessione fatta da un legatario a titolo universale o da un figliuolo naturale non andrebbe sottoposta al retratto; mentre la cessione fatta da un erede legittimo vi andrebbe sottoposta!

Ciò sembraci decisivo avverso l'opinione degli autori, i quali hanno insegnato il vocabolo coerede, nell'art. 841, applicarsi a' soli eredi legittimi, ed i quali quindi, mentre avvisano che gli altri successori non possono esercitare il retratto successorio (supra, n. 40), trovano del pari astretti a divisare che la cessione da essi fatta del loro diritto nella eredità non vada sottoposta al retratto! (confr. Zachariae, Massé e Vergé, t. IV, p. 339).

Ambedue queste soluzioni ci sembrano del pari inammissibili (confr. arresto C. cass. 4. dicembre 1806, Roussel, Sirey, 1806, II, 943; Merlin, Rep., v. Diritti successorii, n. 9, Toullier, t. II, n. 439, 440; Demante, t. III, n. 474; Zachariae, Aubry e Rau, t. III, p. 323).

778. — Viceversa ogni cessione fatta da individuo non coerede, val dire da persona chiamata a partecipare alla eredità a titolo universale, reputasi immune dal retratto.

Avverrebbe così, per esempio, della cessione fatta da un legatario particolare del suo diritto al legato.

E la medesima soluzione è conseguentemente del pari applicabile al legatario dell'usufrutto, anche quando il suo diritto ri-

guardasse la universalità o una quota-parte della universalità della eredità; dappoichè il legatario di usufrutto reputasi sempre legatario particolare (confr. decis. C. di Digione 17 feb. 1854, Duvault, Dev., 1854, II, 424; e *supra*, n. 34 e 51).

779. — Non basta che la cessione si sia fatta da un coerede; è necessario inoltre che abbia per obbietto il suo diritto *alla eredità*.

Quale è mai il senso di questa espressione? Non sembra dubbio dinotare i *diritti ereditari* del cedente, i suoi *diritti nella universalità ereditaria*.

È questo ad evidenza il significato attribuito dal testo medesimo della legge e da' suoi motivi.

Da un lato il testo dell'art. 841 richiede che la cessione riguardi il *diritto alla eredità*; or la eredità è la universalità de' diritti attivi e passivi del defunto: *ha-re-ditas nihil aliud est quam successio in universum jus, quod defunctus habuit* (L. 62, ff., *De reg. juris*; vrg. dagli art. 1003, 1010, 1012 e 1064—1029 e 1542; ved. pure il t. I, n. 79).

D'altro lato lo scopo del legislatore, nell'art. 841, si è lo escludere il cessionario dalla divisione: or la universalità ereditaria forma l'obbietto della divisione; e di fatti il cessionario ha diritto di concorrervi soltanto quando la cessione gli abbia trasferito una porzione di questa divisibile universalità.

Consequentemente ben si comprende che quando la cessione non si sia fatta da un coerede, niente altro debbesi chiedere per affermare non andar sottoposto al retratto successorio; dappoichè chi non è coerede non ha diritti ereditari; e non puossi cedere ciò che non si possiede; quindi la cessione fatta dal legatario particolare del suo diritto al legato non va sottoposta al retratto (*supra*, n. 77).

Ma per contrario, quando la cessione si sia fatta da un coerede, conviene inoltre, per conoscere se vada sottoposto al retratto, investigare se abbia per obbietto il suo *diritto alla eredità*, nel senso da noi ravvisato in questa formola.

780. — Niente scorgesi di più semplice, quando il coerede abbia ceduto il suo intero diritto alla eredità e la totalità de' suoi diritti ereditari.

E non evvi luogo a distinguere se la eredità immobiliare ed immobiliare nel tempo stesso, ovvero sin meramente mobiliare, oppure meramente immobiliare.

Il vocabolo *eredità* è generico, e non com-

porta veruna distinzione di questo genere, che altronde i motivi della legge proscrivono del pari (confr. Chabot, art. 841; n. 4; Vazeille, art. 841, n. 3).

781. — Ma che mai debbesi intuire, se la cessione riguardi soltanto una quota-parte della porzione ereditaria spettante al cedente?

Si sosterrà forse la cessione medesima non andare sottoposta al retratto, dappoichè la espressione il suo *diritto alla eredità* adoperata nell'art. 841 implichi l'idea di una totale cessione; la quale comprendo lo intero diritto del cedente?

Ma primamente non è questo il senso necessario di tale espressione; ed è manifesto che rispetto ad un coerede il quale abbia ceduto, per esempio, la metà del suo diritto alla eredità, puossi affermare avere egli ceduto il suo diritto alla eredità, almeno in parte.

In secondo luogo il cessionario di una quota-parte della porzione ereditaria di uno dei coeredi ha diritto, in forza della cessione medesima, di concorrere alla divisione ed alle operazioni che la costituiscono: egli ha interesse di promuovere tutte le quistioni di collazione, prelevamenti o altre, cui la liquidazione della eredità potesse dar luogo: dunque il motivo della legge, il quale si è lo escludere lo straniero cessionario, sussiste allora in tutto il suo vigore!

È poi finalmente le conseguenze della opposta interpretazione tornerebbero sì poco ragionevoli e sì fattamente pericolose da non potersi ammettere che abbia potuto esser tale lo intendimento del legislatore. Di fatti ne conseguirebbero poter le parti sottrarre la cessione al retratto successorio, riservando al cedente una porzione qualsivoglia del suo diritto, eziandio la più esile, un ventesimo, un centesimo! oppure il cedente, senza nulla riservarsi, potere, facendo più cessioni e frazionando il suo diritto tra più cessionari, sottrarli tutti all'esercizio del retratto! la qual cosa sarebbe assurda, come insegn con sommo fondamento Duranton (t. VII, n. 492); avvegchè è manifesto più cessionarii diversi tenere molto più di un solo!

Non pertanto il nostro dotto collegi ci sembra disconoscere la conseguenza del principio da lui ammesso, quando soggiungo che e se il cessionario parziale non concorresse alla divisione, e se la divisione medesima seguisse soltanto con l'erede il quale abbia conservato una parte del suo diritto, non vi sa-

rebbe inogo di dichiarar nulla la cessione medesima con la rimborsazione del prezzo. »

Per contrario benistò dimostreremo essere inaccettabile tale emenda, e, andando la cessione di per sé sottoposta al retratto, il cessionario non potrebbe sfuggirlo col tenersi in disparte! (infra, n. 83).

Dunque ci sembra indubitato la cessione di una quota-parte del diritto alla eredità andare sottoposta al retratto al pari della cessione dello intero diritto (confr. Merlin, *Rep.*, v. *Diritti success.*, n. 9; Chabot, art. 814, n. 10; Toullier, t. II, n. 447; Vazeille, art. 844, n. 46; Marcadé, art. 844, n. 2; Demante, t. III, n. 474 bis I; Dutruc, n. 487; Zachariæ, Aubry e Rau, t. III, p. 323; Massé e Vergé, t. IV, p. 339).

782. — Il più procardico si è il conoscere se sia uopo dichiarare sottoposta al retratto la cessione di una porzione indivisa in uno o più oggetti specialmente determinati della eredità.

Laonde son venute in campo tre opinioni: 1. I propugnatori della prima opinione insegnano l'affermativa, ragionando nel seguente modo:

A norma del testo dell'art. 844 ogni cessionario di un diritto alla eredità va sottoposto al retratto: or colui al quale un coerede abbia ceduto il suo diritto indiviso in uno o più oggetti determinati della eredità, ad evidenza ha acquistato una parte del diritto, che il cedente aveva nella eredità, cioè il diritto che gli apparteneva negli oggetti formanti parte della cessione; e di fatti, dal lato del cedente, come esercento il diritto che aveva su tali beni, il cessionario concorrerà alla divisione: dunque è ben vero avere egli acquistato un diritto alla eredità.

Aggiungesi i motivi della legge essere applicabili al pari del testo: di fatti la legge volle colpire ogni cessione, la quale avesse per obbietto un diritto di condominio de' beni ereditarii, in tutto o in parte, ed il cui preciso determinamento andrebbe subordinato alla divisione da fare della eredità: or è questo il carattere della cessione riguardante il diritto del cedente in una determinata cosa della massa divisibile; dappoiché la divisione debbe, in ultima analisi, manifestare se il diritto medesimo sussisterà ed in quale consistenza. E questa specie di cessione debbe tanto più andare sottoposta al retratto, in quanto che potrebbe spesso cagionare più detrimento ed impacci nelle operazioni della divisione che

la cessione dei diritti ereditarii; dappoiché il compratore di diritti ereditarii ha in generale lo stesso interesse del coerede venditore; e gli basta avere una parte eguale a quella degli altri, in qualsivoglia modo sia composta; mentre il compratore di un oggetto singolare ha un interesse a lui personale, quello di far cadere l'oggetto medesimo in tal quota; e puossi quindi temere che egli ponga ostacolo alle convenzioni, eziandio le più utili, le quali potessero produrre diverso risultamento (confr. decis. C. di Bourges 49 genn. 1830, Frébaut, D., 4830, II, 65; di Pau, 44 mag. 1831, Latxagne, D., 1831, II, 83; arresto C. cass. 15 maggio 1839, Frébaut, D., 1833, I, 212; Delvincourt, t. II, p. 43, nota 40; Demante, t. III, n. 474 bis, I; Taulier, t. III, pag. 298, 299).

783. — II. La seconda opinione non è precisa e positiva: essa subordina la soluzione di tal quistione alle circostanze; ed ammette una distinzione ed una suddivisione:

A. Quindi primamente distinguo se, nel tempo in cui ebbe luogo la cessione, le operazioni della liquidazione trovavansi già fatte o dovevan farsi ancora;

Se trovavansi già fatte, i propugnatori di quella opinione avvisano che il cessionario del diritto di un coerede in uno o più oggetti determinati non vada sottoposto al retratto;

Mentre avvisano per contrario andarsi egli sottoposto, se la liquidazione dovesse farsi ancora; dappoiché in tal caso potrebbe intervenire o turbarla.

B. Ed eziandio in questo ultimo caso, si dire quando le operazioni della liquidazione debbansi ancor fare, i propugnatori di quella opinione ammettono la seguente suddivisione:

Il cessionario vi concorre forse per figurarvi e parteciparvi? può venirne escluso ed retratto;

Il cessionario forse non concorre e lascia al solo cedente la cura di figurarvi e difendervi i suoi interessi? egli forse ha unicamente in mira d'intervenire per la estrazione o l'attribuzione delle quote? in questo caso il retratto non può esercitarsi contro di lui, dappoiché i motivi della legge, dieci, non sono più effettivamente in atto (confr. il giudizio 9 marzo 1842, Martin, Dev., 4843, II, 77; Chabot, art. 844, n. 9; Belost-Jolimont, osserv. 3; Duranton, t. VIII, n. 492; Vazeille, art. 844, n. 46; Malpel, n. 249; Dutruc, n. 488; Marcadé, art. 844, n. 11;

Monrion, il quale cita in tal senso Valette).

784. — III. Da ultimo i propugnatori della terza opinione da noi suggerita, per quanto ci riguarda, arvisano non potersi il retratto successorio esercitare avverso il cessionario di un diritto in uno o più oggetti determinati della eredità.

E primamente ci sembra indubitato essere, sotto tutti i rapporti, inaccettabile la seconda opinione con la sua distinzione e suddistinzione.

Di fatti dilemma :

O l'art. 841 non è applicabile alla cessione in esame; oppure vi è applicabile.

Nel primo caso la cessione medesima non debbe mai andar sottoposta al retratto ;

Nel secondo caso debbe esservi sempre sottoposta.

Non evvi mezzo termine fra due termini di questa alternativa.

Forse la legge distingue se la cessione, che dichiara sottoposta a retratto, siasi consentita prima o dopo le operazioni della liquidazione?

Forse distingue se il cessionario stesso intervenga o pur no nella divisione?

In nessuna guisa !

E indubitatamente con sommo fondamento il legislatore non ha ammesso tali distinzioni:

Primieramente, perchè il retratto debbe potersi esercitare, in qualsivoglia tempo la cessione abbia avuto luogo, sia prima, sia dopo la liquidazione, qualora abbia avuto luogo prima della divisione ;

In secondo luogo, perchè torna impossibile dipendere la questione se il retratto sia o pur no ammissibile dalla volontà particolare e personale del cessionario, secondo che gli piacerà o pur no d'intervenire esso medesimo nella divisione ;

Finalmente perchè ad evidenza la influenza di questo cessionario dovrebbe sempre temere, anche quando non intervenisse palesemente nella divisione, e lasciasse figurarvi solo il cedente, rimanendo egli dietro la cortina: di fatti è manifesto che il cedente sarebbe allora il suo presta-nome; o che il mandatario, il quale rappresentasse costui, avrebbe sempre nel tempo stesso il mandato e le istruzioni dal cessionario! conviene non lasciarci colpire da tali artifizi (Confr. arresto C. cass. 45 gennaio 1840, Rougeard, Dev., 1840, I, 429).

Donque è mestieri prescegliere la prima o la terza opinione, e chiaramente rispondere sì o no !

Or, a parer nostro, debbesi rispondere no:

1° Il retratto successorio è, nella nostra odierna legislazione, un diritto eccezionale, il quale non debbe estendersi oltre i termini in cui il testo medesimo l'ha stabilito (*supra*, n. 43) ;

Or il testo ammette il retratto contra il cessionario di un diritto alla eredità; e che cosa è mai la eredità? è forse un determinato oggetto individualmente considerato, che si rinviene nella massa individuale? No! la eredità è l'unità attiva e passiva; è l'universalità dei beni lasciati dal defunto ;

Dunque chi abbia acquistato un diritto in uno o più oggetti determinati non è cessionario di un diritto alla eredità, nel senso in cui il vocabolo medesimo trovasi adoperato nello art. 841; ed è manifesto che la stessa porzione ereditaria del cedente non rinviensi menomamente frazionata nella sua persona, per effetto di tal cessione.

2° Altronde i motivi della legge, in questo caso, tornano inapplicabili al pari del suo testo.

In vero la legge volle permettere agli eredi di escludere dalla divisione il cessionario estraneo; epperò volle permettere il retratto avverso il cessionario stesso che abbia diritto di figurare nella divisione ;

Or il cessionario del diritto di un coerede in uno o più oggetti determinati non ha diritto di figurare esso medesimo nella divisione; dappoichè la divisione ha per obbietto non ciascuno dei beni ereditari, specialmente ed individualmente, ma la stessa universalità, il *fus universum*, di cui il cessionario non abbia acquistato alcuna porzione ;

Dunque lo stesso cessionario non è divenuto condividente, dappoichè non ha alcun diritto nella massa formante l'oggetto della divisione: dunque non può soggiacere al retratto.

Obbiettasi aver diritto d'intervenire, per vigilare affinebè gli oggetti, in cui uno dei coeredi gli abbia ceduto il suo diritto, non vengono esclusi per frode dalla quota del suo cedente, ed eziandio affinebè gli oggetti stessi gli vengano attribuiti, se sia possibile.

È ben vero (articoli 882 e 2205 — 802 e 2106); ma tutti coloro i quali han diritto di intervenire nella divisione, come aventi causa di uno dei coeredi, non vanno per tal circostanza sottoposti al retratto: il creditore, per esempio, cui uno dei coeredi avesse ipotecato la sua parte indivisa in uno o più im-

mobili della eredità, potrebbe altresì, nello stesso scopo, intervenire nella divisione; e non pertanto è manifesto nessun retratto essere possibile avverso di lui; e bene! avviene lo stesso di chi abbia acquistato un diritto di proprietà in uno o più immobili soltanto della eredità (confr. arresto C. cass. 9 sett. 1806, Payan-Lefosse, D., VI, I, 553; 22 apr. 1808, stesse parti, Sirey, 1808, I, 525; dec. C. di Bourges 12 luglio 1824, Galloy, D., 1834, II, 74; arresto C. cass. 27 giugno 1832, Jaudier, D., 1832, I, 241; dec. C. di Lione 17 maggio 1834, Parat-d'Andert, D., 1833, II, 456; di Tolosa 3 giugno 1834, Pascual, D., 1835, II, 27; di Parigi 14 giugno 1834, Creuzet, Dev., 1836, II, 113; arresto C. cass. 14 ag. 1840, de Laqueuille, Dev., 1840, I, 753; dec. C. di Riom 13 nov. 1846, Echadivire, Dev., 1847, II, 499; di Agen 2 aprile 1851, Aubry, Dev., 1852, II, 307; Toulhier, t. II, n. 447; Benoit, n. 63-64; Zachariae, Aubry e Rau, t. III, p. 223; Massé e Vergé, t. IV, p. 337; consulto di Duvergier, Dev., 1836, II, 415; articolo di Theodore Derome, *Rivista crit. di giurispr.*, 1858, p. 540 e seg.).

755. — Non pertanto è uopo eccettuare dalla precedente soluzione il caso in cui la cessione fatta da uno dei coeredi della sua porzione indivisa in oggetti determinati comprendesse di fatto tutti gli oggetti onde si compone la eredità.

Se diversamente accadesse non tornerebbe più agevole dello schivare il retratto successorio! Basterebbe specificamente additare i beni in cui consistono i diritti ereditari; oppure, come dice saggiamente Merlin, se il coerede volesse ovviare a tale impaccio, gli basterebbe dichiarare « vendere tutti i diritti che gli appartengono in Francia nella eredità di un tale, il quale nulladimeno fosse noto non aver lasciato beni fuori del territorio francese. » (*Loc. infra cit.*).

Non potrebbesi dare adito a simiglianti frodi; e quando di fatti la cessione comprende la universalità dell'a eredità, sia mobiliare, sia immobiliare, debbe venir dichiarata sottoposta al retratto, senza fermarsi alla particolareggiata enumerazione fatta dalle parti di ciascuno degli oggetti cui riguarda: non potendo tal circostanza ed evidenza togliere alla cessione il suo vero carattere, come deriva dalla stessa realtà del fatto; e ragionevolmente si è statuito in conseguenza che il retratto potrebbesi esercitare, anche quando la ces-

sione avesse per obbietto una porzione indivisa in un determinato immobile, qualora effettivamente, componendosi tutta la eredità di questo immobile, la cessione avesse avuto luogo per comprendere, nello intendimento delle parti, la stessa universalità ereditaria; e tale sarebbe, quasi sempre, in simil caso, la verità del fatto (confr. arresto C. cass. 4^o dic. 1806, Sirey, 1806, II, 943; dec. C. di Bourges 16 dic. 1833, Remon, Dev., 1834, II, 652; di Pau 19 agosto 1837, Dalès, Dev., 1839, II, 453; arresto C. cass. 16 mag. 1848, Aubry, Dev., 1848, II, 388; dec. C. di Riom 23 nov. 1848, Martin, Dev., 1849, II, 85; sentenza del trib. civ. di Napoléonville del 16 ag. 1855, citata da Derome, *loc. supra cit.*, n. 84; Merlin, *Rep.*, v. *Diritti success.*, n. 9; Zachariae, Aubry e Rau, t. III, p. 323; Massé e Vergé, t. IV, p. 339).

786. — Lo indubitato si è che, quando la divisione generale della eredità abbia avuto luogo, la cessione di uno dei coeredi della sua porzione indivisa in uno o più oggetti determinati, rimasti indivisi, non andrebbe sottoposta al retratto.

Di fatti in questo caso è manifesto tal cessione, la quale riguarda taluni oggetti specialmente determinati, non comprendere tutti gli oggetti della eredità; dappoiché gli altri oggetti, di cui componevasi la eredità, furono già sottoposti a divisione: dunque andrebbe, sotto questo rapporto, immune dal retratto, riguardando taluni oggetti specialmente additati (*supra*, n. 83).

Soggiugniamo andarne essa ancora immune, sotto altro rapporto; dappoiché, a prescindere dal supporre cotesta situazione che i diritti delle parti sui beni rimasti indivisi trovinsi attualmente liquidati (*red. art. 975 C. di proc.* — 1054), dal che conseguita non nversì più a temere lo immischiamento di un estraneo nei segreti della famiglia, nè nelle operazioni della liquidazione, è uopo riflettere gli oggetti rimasti indivisi non costituire più, a dir vero, una *eredità*, ma una semplice comunione o condominio ordinario: or precisamente ravviseremo che il retratto stabilito con l'art. 841 è applicabile alla divisione delle eredità e non alla divisione delle società o comunioni (*infra*, n. 92; confr. dec. C. di Parigi 21 giugno 1813, Lepelletier, D., 1814, II, 97; di Bourges 12 lug. 1831, Gallois, D., 1832, II, 74; Toulhier, t. II, n. 447; Duranton, t. VII, n. 204; Vazeille, articolo 841, numero 18; Demante, I. III, n. 474 bis

I; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 323).

787. — Non è necessario, per potersi esercitare il retratto successorio, che il diritto ceduto sia litigioso; ma basta che sia un diritto alla eredità.

« Vorrei estendere ciò, diceva Lebrun, al caso stesso in cui nulla rinvenissi di litigioso fra coeredi. » (Lib. IV, cap. II, sez. III, n. 67).

Di fatti non trattasi qui del retratto di diritti litigiosi; ma del retratto di diritti ereditari.

788. — Poco monta altresì l'epoca in cui la cessione abbia avuto luogo: e non è da distinguere se abbia avuto luogo prima o nel corso delle operazioni della divisione.

Il retratto successorio può esercitarsi avverso ogni cessione, qualora trovisi consentito prima di compiersi la divisione.

Ma non pertanto supponiamo che, quando la cessione abbia avuto luogo, tutte le operazioni trovavansi compiute, la liquidazione terminata, le quote formate, e rimanere ad osservarsi finalmente la sola formalità della estrazione a sorte.

Che cosa potete mai allora temere, si dirà, dal cessionario; avvegnachè, tutto trovandosi terminato, non avrà più a mischiarsi in nulla, trattandosi unicamente di attendere la decisione della sorte!

Non pertanto opiniamo potersi in questo caso esercitare il retratto successorio.

A norma dell'art. 844 ogni cessionario di un diritto alla eredità può venire escluso dalla divisione: or voi siete cessionario di un diritto alla eredità; e la divisione non è seguita, non è perfezionata sino a quando non procedasi alla estrazione a sorte: dunque, in conformità del testo della legge, il retratto successorio ha luogo regolarmente avverso di voi.

Indubitabilmente tale ipotesi particolare non offre tutti gl'inconvenienti che il legislatore volle antivenire con l'art. 844; e probabilmente non avrebbe scritto quello articolo apertamente avverso di essa; ma rinviensi compresa nella generalità della sua disposizione, e tornerebbe impossibile eccezionarne, senza trasgredire il testo medesimo della legge.

Altronde soggiungiamo che gl'inconvenienti della cessione fatta così tardivamente, comunque minori, ne conveniamo, non sono nulladimeno impossibili: di fatti nel momento supremo i coeredi, in vece di recedere

alla estrazione a sorte, non possono forse convenire tra essi di accettare le quote loro rispettivamente attribuite? ed eziandio dopo cominciata la estrazione a sorte, i primi risultamenti di essa, ove riescano splacevoli, non possono forse indurre i coeredi a qualche accordo? or la presenza di un estraneo potrebbe rendere l'accordo medesimo molto più malagevole! (infra, n. 426).

789. — E manifesto non andar la cessione sottoposta a retratto, quando sia stata consentita dopo terminata la divisione (confr. infra, n. 429).

E ben vero avere Lebrun, nel nostro antico diritto, scritto che:

« Cotesia surrogazione dei coeredi avviene, anche nel caso in cui la vendita abbia avuto luogo, dopo seguita e perfezionata la divisione, per la ragione che possono essere praggiugnere difficoltà e garentie. » (Lib. IV, cap. II, sez. III, n. 67).

Ma siffatta dottrina, ad evidenza esorbitante, non potrebbe venire suggerita, atteso il testo dell'art. 844, il quale permette semplicemente ai coeredi di escludere il cessionario dalla divisione.

790. — Che mai converrebbe statuire, se la divisione venisse dichiarata nulla, per effetto di una causa qualsivoglia di nullità o rescissione? Il cessionario potrebbe forse, in tal caso, venire escluso dalla novella divisione da aver luogo?

Taluni professano opinione onde si propone la seguente distinzione:

Se la cessione sia posteriore alla domanda di rescissione o nullità della divisione, andrà sottoposta simultaneamente al duplice retratto, sia in forza dell'art. 4619 — 4545, come cessione di diritti litigiosi, sia in forza dello art. 844, come cessione di diritti ereditari.

Se per contrario la cessione sia anteriore alla domanda di rescissione o di nullità della divisione, non andrà sottoposta all'uno nè all'altro retratto, nè a quello formato con l'articolo 4699, dappoichè non è una cessione di diritti litigiosi, nè a quello stabilito con l'articolo 844, dappoichè non è una cessione di diritti ereditari, ma puramente e semplicemente una cessione degli oggetti certi e determinati componenti la quota spettata al cedente; o conseguentemente il cessionario potrà, come rappresentante l'eredità che gli ha trasferito i suoi diritti, concorrere alla novella divisione da ordinare (confr. Chabot, art. 844, n. 42; Tonllier, l. II, n. 449; Va

zeile, art. 841, n. 47; ved. eziandio Dutruc, n. 492).

Noi non crediamo ben fondata tal distinzione: e per contrario avvisiamo il cessionario poter sempre venire escluso dalla novella divisione, sia che la cessione abbia avuto luogo dopo, sia che abbia avuto luogo prima della domanda di rescissione o nullità della divisione anteriore:

Qualunque cessionario non successibile può venire escluso dalla divisione;

Or cosa debbe farsi? precisamente la divisione!

Dunque il cessionario può venire escluso.

Ma la divisione erasi già fatta!

Che importa mai, poichè è stata dichiarata nulla e reputasi non mai esistita! le cose conseguentemente tornano al pristino stato; ed il cessionario addiviene compratore di una porzione ereditaria indivisa, dappoichè il suo cedente reputasi non aver mai avuto che una porzione ereditaria indivisa.

Dunque non trattasi più di cotesta annullata divisione, sì bene di divisione novella: or questa debbe farsi: dunque il cessionario estraneo può venirne escluso.

Ed è manifesto tutti i motivi da cui trasse origine il retratto successorio campeggiare in questo del pari che in tutti gli altri casi (confr. Duranton, t. VII, n. 187).

791. — Con maggior ragione il cessionario estraneo andrebbe sottoposto al retratto, qualora, dopo avere acquistato la quota di uno dei coeredi dopo la divisione, volesse esso medesimo esercitare una domanda di rescissione cedutagli dal suo venditore; ed allora gli altri eredi avrebbero di fatti avverso di lui il duplice retratto stabilito con gli articoli 1699 ed 841.

792. — Converrebbe forse giugnere sino ad affermare potere il cessionario venire escluso dalla novella divisione, eziandio nel caso in cui fosse concorso alla divisione anteriore dichiarata nulla?

Siffatta ipotesi è più procacida.

Nondimeno l'affermativa dovrebbe venire ammessa senza difficoltà, se la domanda di retratto successorio si formasse, in tempo della novella divisione, da un coerede il quale non avesse figurato nella prima.

Ma quelli fra coeredi i quali avessero ammesso il cessionario nella prima divisione potrebbero forse escluderlo dalla seconda?

Non potrebbesi forse ragionar così:

Essendo stata dichiarata nulla la prima di-

visione, debbesi considerare come non avvenuta; e conseguentemente le parti tornano al medesimo stato che se non avesse avuto mai luogo: dunque ciascuna di esse concorre alla novella divisione coi suoi diritti integri, e quindi eziandio col diritto di esercitare il retratto successorio avverso il cessionario (confr. decis. C. di Parigi 26 feb. 4816, Tardif. D., 4816, II, 413; A. Dollaz, v. *Retrato successor.*, n. 413; e D., *Rac. alfab.*, v. *Success.*, n. 492; Dutruc, n. 493).

Ma primamente è manifesto che il cessionario, ammesso alle operazioni della prima divisione, potette già conoscere tutte le faccende della eredità, e che il retratto successorio non potrebbe più, sotto questo rapporto, raggiungere il suo scopo avverso di lui.

Nondimeno conveniamo questo argomento non sempre essere decisivo (*supra*, n. 40); ma qui non è il solo:

Di fatti forse i coeredi, ammettendo il cessionario alla prima divisione, non hanno rinunziato, per la ragione stessa, ad esercitare avverso di lui il retratto successorio? noi opiniamo così: è risolvere la quistione per la quistione lo affermare che essendosi dichiarata nulla la prima divisione, i coeredi riacquistano tutti i loro diritti; dappoichè il diritto di esercitare il retratto successorio ci sembra per contrario irrevocabilmente abbandonato da essi, avendo ammesso il cessionario alla divisione; e la circostanza essersi la divisione dichiarata nulla e doversi ricominciare non potere, come a noi pare, annientare l'effetto di questa rinunzia (*infra*, n. 427, 428).

793. — Al punto in cui ci troviamo, non va incontro a molte difficoltà il dividere il retratto stabilito con l'art. 841 non potersi esercitare:

Avverso la cessione di diritti indivisi in una comunione coniugale.

Nè avverso la cessione di una porzione indivisa in una società,

Nè soprattutto, a fortiori, avverso la cessione di un diritto indiviso in una cosa certa e determinata, comune fra più persone.

In vero il retratto medesimo costituisce, nel nostro odierno diritto, una eccezione ed una vera anomalia; e se conviene dargli sempre sinceramente tutta l'ampiezza di applicazione che comporta, è necessario altresì circoscriverlo nei limiti assegnatigli dalla legge, e non estenderlo a persone diverse nè a diritti diversi da quelli cui applicasi il testo

medesimo dell'articolo 841 (*supra*, n. 43);

Or da un lato il testo dell'art. 844 si applica ai coeredi ed al diritto di eredità (*supra*, n. 75); d'altro lato non rinvii coerede, nè diritto di eredità nella comunione coniugale, nè nella società, nè nella semplice indivisione di una cosa comune;

Dunque il retratto successorio non potrebbe colpire il cessionario dei diritti degli eredi di uno dei coniugi nella comunione coniugale, nè il cessionario di una porzione indivisa in una società, nè molto meno il cessionario di una porzione indivisa di una cosa comune.

È ben vero che un tempo in Francia ammettevansi, almeno in alcune province, simultaneamente al retratto successorio, i retratti di comunione, convenienza, o società, i quali avevano luogo in caso di alienazione di una porzione indivisa in una cosa sociale o comune (confr. Merlin, *Pep.*, v. *Retratto*; e *supra*, n. 3); ma precisamente queste specie di retratti erano diverse dal retratto così detto dei coeredi o successorio;

Or, da un lato, la legge del 48 giugno 1790 abrogò il retratto d'indivisione e di società (*supra*, n. 7); e d'altro lato l'art. 844 ha ripristinato il retratto successorio;

Dunque, essendo diverse queste due specie di retratti, il legislatore, ripristinando l'uno, ha mantenuto l'abrogazione dell'altro.

Non pertanto si è obiettato, segnatamente in materia di comunione coniugale, esservi, fra la comunione sciolta o la successione aperta, la massima analogia, e rinvenirvisi gli stessi motivi i quali fecero stabilire il retratto successorio, cioè l'inconveniente di lasciar conoscere ad estranei il segreto degli affari della famiglia ed il pericolo delle controversie che possono promuoversi (confr. decis. C. di Riom 23 novembre 1848, Martin, Dev., 1849, II, 85; i motivi di una decisione della Corte di Parigi del 2 agosto 1821, Savoie, Sirey, 1822, II, 29; Delvincourt, t. III, p. 294; Vazeille, art. 844, n. 26; Balthor, della Comunione, t. II, n. 796).

Ma tutto l'opposto! ben lungi dal potersi invocare l'art. 844, l'art. 4476 ne esclude positivamente l'applicazione alla comunione fra coniugi: in vero l'art. 4476 dichiara:

«... La divisione della comunione, per tutto ciò che riguarda le sue forme, per la licitazione degli immobili, allorchè ha luogo, per gli effetti della divisione, per l'assicurazione che ne risulta e pe' con-

guagli delle eccedenze, soggiace a tutte le regole stabilito nel titolo delle Successioni per le divisioni fra coeredi;»

Or il retratto successorio non riguarda le forme della divisione, nè la licitazione degli immobili, nè gli effetti della divisione, nè l'assicurazione, nè i conguagli;

Dunque il rimando stesso fatto con l'articolo 1476 al titolo *Delle Successioni* esclude l'applicazione dell'art. 844 alla divisione della comunione.

Con maggior ragione tal conclusione è necessaria relativamente alla cessione di una porzione indivisa in una società; dappoichè non puossi, in questo caso, invocare il motivo desunto dallo inconveniente che vi sarebbe nel lasciare un estraneo immischiarsi nei segreti delle famiglie; ed il legislatore stesso è sì poco curante del lasciare un terzo immischiarsi negli affari sociali, in quanto che permette ad ogni socio lo associare, senza consenso degli altri, una persona terza, relativamente alla porzione che egli ha nella società (art. 4861 — 4733).

Non pertanto si è preteso altresì che tal cessione dovesse andare sottoposta al retratto, in forza dell'art. 841 (confr. Pardessus, *Corso di dir. comm.*, t. IV, n. 1085; Vazeille, art. 844, n. 26).

Ma tal dottrina è ad evidenza impossibile! Pardessus prende le mosse dalla circostanza che:

«La divisione della società va regolata dagli stessi principii di ciò che avviene fra coeredi.» (*loc. supra*).

Ciò non è affatto quanto dichiara l'articolo 4872:

«Sono applicabili alle divisioni fra soci le regole concernenti la divisione delle eredità, la forma di tale divisione, e le obbligazioni che ne risultano fra coeredi;»

Or il retratto successorio non riguarda come avvertimmo, nè la forma, nè gli effetti della divisione;

Dunque il rimando non è generale, come insegna il dotto autore.

Anzi uopo è osservare che il retratto successorio, a dir vero, non riguarda affatto la stessa divisione, e che non è una forma, nè una operazione accessoria, nè uno degli incidenti della divisione; dappoichè possi esercitare indipendentemente da ogni azione di divisione, fuori della divisione ed anche prima: per modo che può anzi rendere inutile ogni divisione, come se vi sieno, per esem-

prio, due coeredi, il cedente e chi esercita il retratto.

Se il legislatore ha collocato l'art. 841 nella sezione dell'azione di divisione e della sua forma, la ragione si è: cotesto subbietto andar quivi naturalmente trattato; ma ciò non dimostra confondervisi.

Dunque concludiamo che il retratto successorio (e veramente la stessa sua denominazione lo addita) è tassativamente applicabile alle cessioni fatte da un erede del suo diritto alla eredità, e che non potrebbe estendersi alla cessione di un diritto indiviso in una comunione coniugale, nè di una porzione indivisa in una società, nè tampoco di un diritto indiviso in una cosa comune (confr. arresto C. cass. 19 agosto 1806, Tarnau, Sirey, 1807, I, 74; decisi. C. di Angers 8 agosto 1808, Fusil, Sirey, 1802, II, 219; di Metz 47 ag. 1820, Kieffer, Sirey, 1821, II, 305; di Parigi 2 ag. 1821, Savole, Sirey, 1822, II, 29; di Bordò 49 luglio 1820, Lazarrige, D., 1827, II, 47; di Bourges 42 lug. 1831, Gallois, D., 1832, II, 71; arresto C. cass. 42 marzo 1839, Amministr. della chiesa di Santa Eulalia, Dev., 1839, I, 284; Merlin, Rep., v. Diritti successorii, n. 12; Toullier, t. III, n. 204; Benoît, n. 38; Odier, del Contr. di matr., t. I, n. 523; Pont e Rodier, cod., t. I, n. 884; Zachariae, Aubry e Rau, t. III, p. 328; Musc e Vergé, t. IV, p. 336; de Vismesnil, Rivista di legist. di Wolowski, 1836, t. III, p. 432; Troplong, Delle società, n. 1059; Delangle, Delle società, t. II, n. 713).

794. B. È uopo, in secondo luogo, abbiano soggetto (*supra*, n. 74), per potere il retratto successorio esercitarsi, che la cessione siasi fatta a titolo oneroso.

Le costituzioni di Anastasio e Giustiniano avevano così statuito:

Si autem per donationem cessio facta est, sciant omnes huiusmodi legi locum non esse (L. 22, 23, Cod. Mandati).

Ed era pur questa, nella nostra antica giurisprudenza, la regola generale in materia di retratto.

E il retratto, diceva Pothier, essendo il diritto di assumere il posto altrui, la donazione, che non è tale, non può soggiacervi: altronde la naturale libertà, che ciascuno debba avere di disporre, come meglio gli piaccia, della cosa sua, riceverebbe gravissima offesa, se il retratto venisse concesso avverso la donazione, avendo il donante voluto trasmettere la cosa sua al donatario per considerazione

affatto personale a lui; mentre nel contratto di vendita il venditore si presume avere l'unica intenzione di conseguire il prezzo cui mirò: non evvi alcuna considerazione per la persona del compratore: purché il venditore consegua il prezzo medesimo, nulla gli cale che la cosa passi al compratore o ad altri... (*De' retratti*, n. 403; agg. *De' feudi*, par. II, cap. II, art. II, sez. I; *De' contr. di rendita*, n. 591).

È questa altresì la nostra regola.

I vocaboli ceduto, cessione non si applicano in generale ad una liberalità; e ciò che dimostra di fatti nell'art. 841 dinotare una trasmissione a titolo oneroso si è l'ultima disposizione in conformità della quale puossi escludere il cessionario rimborsandogli il prezzo della cessione.

Altronde non evvi luogo a temere, da parte del donatario o legatario, quello spirito di cupidigia e cavillazione da paventare da parte di uno speculatore.

E poi finalmente il decisivo si è che la condizione del retratto sarebbe impossibile di adempiere, dappoiché non evvi prezzo da rimborsare, e conseguentemente bisognerebbe o dichiarar nulla la liberalità, o farne cavar vantaggio ad individui diversi da quelli cui venne personalmente fatta: or i due termini di questa alterativa sarebbero ad evidenza esorbitanti!

795. — La donazione tra vivi o il legato fatto da uno de' coeredi de' suoi diritti ereditarii non perderebbe il suo carattere di liberalità, per l'unica circostanza talune condizioni o pesi essersi imposti al donatario o al legatario, se queste condizioni o pesi non fossero tali da doversi considerare come il prezzo della trasmissione de' diritti ereditarii (confr. arresto C. cass. 24 nov. 1825, Boissard D., 1826, I, 42; arresto C. cass. 4 giugno 1834, Menaud, D., 1834, I, 272).

Ma conviene esser esatto, affinché non si nasconda, sotto la veste di liberalità, una vera cessione a titolo oneroso! (*infra*, n. 102).

Precisamente in tal senso l'art. 387 della consuetudine di Orleans dichiarava: *In materia di donazione pura e semplice non aver luogo retratto* (confr. Pothier, *De' retratti*, n. 403, 106; Benoît, n. 38).

796. — Si è affermato che:

« Il terzo, cui si fossero trasmessi diritti ereditarii, in parte a titolo gratuito, in parte a titolo oneroso, non andrebbe al certo sottoposto al retratto successorio; conciossiacché

gli eredi non avrebbero interesse ad escluderlo dalla divisione come compratore, quando potesse concorrervi come donatario. » (Dutrieu, n. 500; confr. deels. C. di Parigi 25 giu. 1825, Champavère, D., 1825, II, 224).

In vero cotesta dottrina ci sembra ineccepibile, quando la stessa persona abbia acquistato i diritti ereditarii di due coeredi, e sia donatario o legatario dell'uno e cessionario a titolo oneroso dell'altro (supra, n. 61).

Ma affermeremo ancora dover esser esatto, quando trattisi de' diritti ereditarii di un solo coerede, e l'atto onde vennero trasferiti si qualifichi in parte come cessione, in parte come donazione.

In ogni tempo ebbsi diffidenza di ciò.

Giustiniani volle che, in questo caso, la donazione si presumesse fatta in frode della legge (L. 23, Cod. Mandati).

« E ciò è sommamente giusto, diceva Pothier, in occasione del retratto di diritti litigiosi, diversamente eluderebbersi sempre la legge; e la clausola di donazione del rimanente ingenererebbe di mero stile. » (Della vendita, n. 592).

Tropiong ha insegnato la medesima tesi sotto l'impero del Codice; ed a credere del detto autore la donazione di diritti litigiosi andrebbe immune dal retratto sol quando fosse assolutamente pura e semplice, senza prezzo, senza peso alcuno; val dire converrebbe applicare l'antica massima: *Res litigiosa in totum donari potest, pro parte vendi non potest* (Godefredo su la legge 22, Cod. Mandati; Tropiong, Della vendita, t. II, n. 1009).

Per quanto ci riguarda, non vorremmo suggerire; in materia di retratto successorio, una cotanto assoluta dottrina.

In diritto nessun testo del Codice ha stabilito per tal caso una legale presunzione di frode; e, a parer nostro, gli stessi testi romani non offerivano cotesto estremo rigore, che si è preteso rinvenirvi;

In ragione tal presunzione sarebbe eccessiva e potrebbe scorgersi apposta alla verità del fatto ed alla intenzione delle parti.

A creder nostro il più saggio partito si è abbandonarsi, intorno a questa come intorno a tutte le questioni di frode, alla prudentiale valutazione del magistrato.

Ciò premesso, noi stessi conveniamo che la clausola, onde il coerede il quale cede i suoi diritti ereditarii mediante un prezzo, dichiara donare il rimanente, val dire la differenza

fra questo prezzo ed il valore de' diritti ceduti, è una delle più sospette clausole ed una di quelle le quali potrebbero più di leggieri sottrarre al retratto successorio le cessioni a titolo oneroso: quindi indubitabilmente per la più dovrà dichiararsi sottoposto al retratto (confr. Duvergier, Della vendita, t. II, n. 388).

797. — Se le sole cessioni a titolo oneroso vanno sottoposte al retratto successorio, reciprocamente la regola si è tutte le cessioni a titolo oneroso andarei sottoposte.

Laonde il retratto potrebbe esercitarsi avverso colui al quale il donatario o il legatario de' diritti ereditarii di un coerede avesse ceduto i diritti medesimi a titolo oneroso; dappoichè è impossibile ammettere che il donatario o legatario abbia il diritto, non competente al coerede, d'introdurre forzatamente nella divisione un estraneo speculatore.

Indarno obietterebbersi il retratto venire ammesso contro la persona cui un coerede abbia ceduto il suo diritto alla eredità, e, nella ipotesi in esame, il cessionario trasse il suo diritto non da un coerede, nè da un cessionario a titolo oneroso, di cui fosse l'avente causa, ma da un donatario, esso medesimo non sottoposto al retratto.

La risposta si è, insegna Merlin, che se questo cessionario non abbia comprato da un coerede, ha comprato dal suo avente causa, e conseguentemente debbe essere trattato come se avesse direttamente comprato da lui (Quist. di diritto, v. Diritti ereditarii, § 2, num. 3).

Dunque chi esercita il retratto dovrebbe allora rimborsare a cotesto sub-cessionario a titolo oneroso il prezzo da lui sborsato al cessionario a titolo gratuito (confr. Toullier, t. II, n. 446; Chabot, art. 841, n. 40; Vazeille, art. 841, n. 40; Demante, t. III, n. 171 bis, V; Zachariae, Aubry, e Rau, t. III, p. 323; Benoit, n. 59).

798. — La stessa soluzione ci parrebbe applicabile al sub-cessionario a titolo oneroso.

Indubitabilmente puossi obiettare, con altrettanto vigore, che questo donatario o legatario, comunque s'ingliasi trasferiti i diritti ereditarii da chi avevali acquistati a titolo oneroso, e presumesi volerne fare speculazione, non soggiace esso medesimo al sospetto dello stesso spirito di traffico e cupidigia.

Ma non è forse egli l'avente causa del cessionario avverso di cui era ammissibile il retratto?

Or questo cessionario non ha potuto trasferir gli diritti maggiori di quelli che esso medesimo aveva, ed i diritti ereditarii, i quali potevano soggiacere a retratto presso di lui, debbono conseguentemente potervi soggiacere presso il suo avente causa, il suo donatario o legatario, come potrebbero soggiacervi presso il suo erede (confr. Merlin, *Quist. di diritto, v. Diritti ereditarii*, § 2, n. 3; Demante, t. III, n. 171 bis, V).

799. — Converrebbe similmente dichiarare sottoposto al retratto il cessionario a titolo oneroso, anche quando, posteriormente alla cessione, il cedente gli avesse fatta intera remissione del prezzo; dappoiché la cessione avrebbe avuto sempre luogo a titolo oneroso; ed il cessionario sarebbe donatario non de' diritti ereditarii, ma semplicemente del prezzo della cessione (confr. Pothier, *De' retratti*, n. 109; ed *Introd. al tit. XVIII della conf. di Orlans*, n. 45).

800. — Uno de' coeredi ha ceduto i suoi diritti ereditarii al suo creditore in pagamento di ciò che gli doveva.

Tal cessione va forse sottoposta al retratto successorio?

Per la negativa possono addurre argomenti di sommo vigore:

1° Il laconismo e la insufficienza dell'art. 841 son tali da tornare impossibile il non ricorrere, per compierlo, agli articoli 1699 e 1701 — 1545 e 1547, onde trovasi fermato il retratto di diritti litigiosi; e cotesto mezzo d'interpretazione sembra tanto migliore in quanto che il retratto successorio è derivato dal retratto di diritti litigiosi, di cui costituisce una estensiva applicazione (*supra*, n. 3);

Or la cessione fatta al creditore in pagamento di ciò che siagli dovuto, dalla costituzione di Anastasio già dichiarata immune dal retratto (L. 22; Cod. *Mandati*), ne è stata parimente eccettuata con l'articolo 1704 del nostro Codice;

Dunque questa eccezione debbe applicarsi altresì in materia di diritti ereditarii: sarebbe strano il mostrarsi più severo nell'applicazione del retratto di diritti litigiosi.

2° Di fatti l'analogia non è forse tra l'una e l'altra ipotesi manifesta e compiuta? Se l'art. 1701 esime dal retratto la cessione di diritti litigiosi fatta al creditore in pagamento di ciò che singli dovuto, la ragione si è che il creditore medesimo ebbe, per rendersi cessionario, un legittimo motivo, il quale non

suppone, da parte sua, uno spirito di speculazione; e si è divisato che, avendo corso un rischio di perdita, pel caso in cui la importanza de' diritti ceduti fosse minore dello importare del suo credito, era giusto non privarlo dello evento del vantaggio, che ne formava il compensamento pel caso opposto: or questi motivi sono applicabili al retratto successorio del pari che al retratto di diritti litigiosi.

3° Finalmente il creditore di ciascuno dei coeredi, avendo diritto d'intervenire nelle operazioni della divisione, per vigilar sulla conservazione dei diritti del debitore (art. 882 — 802), qual ragione vi è mai per escludervelo, quando i diritti medesimi gli sieno stati ceduti? è manifesto che il retratto non ne lo escluderebbe: lo priverebbe semplicemente, e senza plausibile motivo, del vantaggio della cessione! (Confr. Demante, t. III, n. 174 bis, VI).

Non pertanto esitiamo, ad onta della gravità di tali argomenti, ad ammetterne la conclusione:

1° Indubitatamente è ragionevole invocare, per la interpretazione dell'art. 841, le analogie desunte dall'art. 1699; e noi medesimi praticheremo ciò (*infra*, n. 406 e seg.); ma, ben si comprende, precisamente sotto questa riserva il testo speciale dell'art. 841 non vi reccherà ostacolo; or effettivamente non rinviensi nell'art. 841 un ostacolo alla eccezione che vuoi si desumere qui, per analogia, dall'art. 1701.

A norma dell'art. 841 la regola si è che qualunque persona cui un coerede abbia ceduto il suo diritto alla eredità va sottoposta al retratto; e cotesta regola sommarmente evidente debbesi osservare, se la stessa legge non vi abbia apportato del pari evidentemente eccezione;

Or, l'art. 841 eccettua la persona stessa necessabile, val dire la persona coerede o condanna del diritto ceduto; mentre l'art. 1704, il quale racchiude altresì questa eccezione, soggiugne inoltre quella riguardante il creditore, cui il diritto litigioso venne ceduto in pagamento di ciò che gli va dovuto;

Dunque da siffatto ravvicinamento risulta che, delle due eccezioni ammesse in materia di retratto di diritti litigiosi, l'art. 841, il quale ha ammesso soltanto la prima, la per la circostanza medesima escluso la seconda in materia di retratto successorio.

2° Non sarebbe forse possibile altresì ri-

venirti un motivo di differenza? quando trattisi di diritti litigiosi, se il debitore non gli eserciti, il vantaggio che potesse provenirne andrebbe di necessità perduto; e ben si comprende il creditore accettarli in pagamento per correrne egli medesimo l'alca! Ma non è questo il carattere de' diritti ereditari: torna indubitato che saranno liquidati e si procederà alla divisione: dunque non è no-po che il creditore se li faccia cedere per avere la sicurezza che l'attivo che il debitore potrà conseguire in forza de' diritti medesimi non gli sfuggirà. Quindi Pothier, nel nostro antico diritto, distingueva, in materia di diritti litigiosi, se il creditore potesse farsi agevolmente pagare ciò che egli dovuto diversamente che con la cessione medesima; ed in tal caso divideva lo stesso creditore dovorsi riguardare compratore dei giudizi e sottoposto al retratto (*Della vendita*, n. 594); val dire che egli esimeva tal cessione dal retratto solo quando avesse avuto un carattere di necessità; or la necessità stessa non incontrasi, quando trattisi della cessione di diritti ereditari (confr. Duranton, t. VII, n. 204).

801. — A parer nostro è pure procaccia questione quella se la cessione di diritti ereditari per pubblica aggiudicazione ed allo incanto vada sottoposta al retratto.

Nondimeno non incontriamo molta difficoltà a divisare per l'affermativa, se trattisi di aggiudicazione volontaria fatta da uno dei coeredi avanti notaio, eziandio dietro affissi e pubblicazioni. Io vero è questa sempre una vendita, una cessione, e ci sembra poco importare in qual forma la cessione abbia avuto luogo, sia all'amievolere e spontaneamente, sia all'asta pubblica (ved. art. 713 C. di proc. — 827). Indarno obietterebbesi che, in questo ultimo caso, i coeredi del cedente furono avvertiti; ed avrebbero potuto, se avessero voluto escludere l'aggiudicatario estraneo, rendersi essi medesimi aggiudicatari: a prescindere dal non stabilire alcun testo avverso di essi siffatto motivo d'ineptia, è manifesto in ragione neppure rinvenirsi ben fondata; dappoiché coteste specie di aggiudicazioni affatto volontarie ricevono quella sola pubblicità che piace al venditore dar loro; e la pubblicità stessa potrebbe essere sommamente incompiuta, e non giugnere ai coeredi di colui che voleva fare la cessione de' suoi diritti.

Ma per contrario grave dubbio può sorgere quando trattisi di aggiudicazione giudiziale?

Eh! come mai dunque, dirassi primamente, l'aggiudicazione giudiziale di diritti ereditari potrebbe aver luogo? forse i diritti ereditari potrebbero formare l'oggetto di pignoramento o vendita forzata ad istanza dei coeredi di un coerede? di fatti non crediamo praticabile cotesto modo di forzata appropriazione (arg. dall'art. 2205—2406; ved. il nostro *Trattato della distinzione de' beni*, ec., t. I, n. 343).

Ma puossi supporre, per esempio, che diritti ereditari pervenuti a persona trapassata dappoi si trovino nella sua eredità accettata col beneficio dello inventario, e che l'erede o gli eredi beneficiati gli abbiano venduti giudizialmente, nelle forme stabilite col Codice di procedura.

Non dovrebbero rispondere ancora affermativamente:

Di fatti la pubblica aggiudicazione non è forse una garanzia avverso i pericoli che il legislatore volle prevenire? e per contrario non s'incontreranno sempre, in tali aggiudicazioni, gli stessi speculatori, i quali son dediti alla investigazione ed allo sperimento di coteste specie di diritti? il motivo desunto dallo aver potuto i coeredi del cedente rendersi aggiudicatari non sarebbe altronde concludente; dappoiché han potuto ignorare l'aggiudicazione, o forse non avevano, in quel momento, i mezzi necessari per comprare; o finalmente non attendevano, da parte dell'aggiudicatario, le difficoltà da lui mosse attualmente, e le quali li determinano ad escluderlo (confr. decis. C. di Lione 19 lug. 1843, de Montriol, Dev., 4844, I, 605; di Parigi 41 marzo 1859, d'Espagne, *Gazzetta de' Tribunali* de' 44 e 45 marzo 1859, Dutruc, n. 496).

Non pertanto cotesta conclusione ci sembra oppugnabile:

E primamente è mai vero che il testo dell'art. 844 abbia in mira l'aggiudicazione giudiziale, quando dispone pel caso in cui un coerede avesse ceduto il suo diritto alla eredità? forse allora non vende la stessa giustizia? e forse l'aggiudicazione giudiziale è una cessione nel tecnico significato di questo vocabolo?

In secondo luogo i motivi da cui trasse origine l'art. 844 neppure ci sembrano campeggiare, in questo caso, pressochè con egual vigore: quindi Pothier insegnava l'aggiudicatario di diritti litigiosi non andar sottoposto a retratto, « perchè non può riguardarsi come

per atto autentico (art. 1841, 1848, 1853 — 1743, 1802, 1807).

A fortiori possono deferire il giuramento al cessionario, e farlo interrogare sopra fatti e loro circostanze (art. 1358, 1360 C. Nap. — 1312, 1314; ed art. 324 C. di pr. — 118; confr. Potier, *Des retratti*, n. 14; dees. C. di Aix 5 dic. 1809, Mallet, Sirey, 1812, II, 379; di Bourges 16 dic. 1833, Remon, Dev., 1834, II, 652; di Bastia 23 marzo 1835, Limazola, D., 1835, II, 58).

805. — I nostri antichi autori erano dissenzienti nel risolvere la questione se si dovesse dichiarar nulla o valida la clausola inserita nel contratto di vendita, onde si fosse convenuto in caso di retratto familiare doversi reputar nulla la vendita.

Tiraquello ed il suo fido discepolo Grimaldet opinavano per la validità di siffatta clausola; mentre Matteo d'Afflito e Valin, su la consuetudine della Rocella dividevano al contrario per la nullità; e Potier, il quale riferisce tali varie opinioni, prendeva a seguitare il sentimento di coloro i quali opinavano doversi dichiarar nulla la clausola medesima: anzi la consuetudine di Nivernese (tit. *Del retratto familiare*, art. 21) positivamente dichiarava i contraenti « non potere con le loro azioni ostare all'esercizio del dritto di retratto familiare; » e Guy-Coquille giustificava cotesta disposizione, affermando che nessuno può nei contratti e nei suoi affari tralasciar la osservanza delle leggi (Su questo articolo).

La stessa questione può sorgere intorno al retratto successorio; ed a noi pare oggi ancora di procacciarlo scioglimento.

In vero non iscorgesi dapprima di che possano allora dolersi i coeredi del cedente: vogliono che il cessionario estraneo non concorra alla divisione! basta che il diano; e tutto immediatamente sparirà indubitabilmente, se sparirà semplicemente per la forma, e se sostengasi essere il cedente, il quale riprenda il suo posto, semplice presta-nome, sarà questa altra questione, una questione di frode; ma se per contrario si ravvisi esser seria e sincera la clausola, lo scopo cui la legge mirava trovandosi raggiunto, per effetto di questa medesima clausola, del pari che per lo esercizio del retratto successorio.

Nonpertanto conviene esser cauto nel permettere una clausola la quale, una volta ammessa, diverrebbe di stile in tutte le cessioni, e costituirebbe quindi un sicuro mezzo di sottrarre al retratto successorio.

È indubitato che il cedente ed il cessionario non possono direttamente, nè indirettamente privare i coeredi del diritto di retratto lor conferito dalla legge, per considerazioni, sotto alcuni riguardi, di ordine pubblico; e non potrebbero negare la clausola onde siasi convenuto, in caso di retratto, esser nulla la cessione, non avere per iscopo e non potere avere per risultamento lo impedire l'esercizio del retratto. Indubitabilmente il legislatore non ha stabilito il retratto successorio per attribuire ai coeredi il vantaggio emergente dalla cessione; ma ha ben potuto dividere cotesto interesse costituire spesso il loro movente, e le sue vedute di generale interesse venir secondate dal privato interesse dei coeredi: precisamente in tal senso Basnage, su l'art. 468 della consuetudine di Normandia, insegnava l'azione di retratto concedersi non solo per conservare, ma eziandio per vantaggiare: or privando i coeredi di questo vantaggio, si toglie loro il movente, il quale nella mente del legislatore servir doveva di ausiliario al prospero successo de' suoi disegni nello interesse generale (Ved. eziandio Basnage, su l'articolo 462 della Cons. di Normandia).

III.

Con quali condizioni ed in quale corso di tempo il retratto successorio puossi esercitare?

SUMMARY.

806. — A. Con quali condizioni può esercitarsi il retratto successorio? Chi esercita il retratto debbe rimborsare a chi vi soggiace il prezzo della cessione, né più né meno.
807. — Niente di più. — *Quid*, se il prezzo reale della cessione siasi dissimulato ed esagerato?
808. — Niente di meno. — Chi esercita il retratto debbe rimborsare a chi vi soggiace non solo il prezzo principale, ma eziandio gl'interessi del prezzo e lo spese del contratto: lo somma la regola si è doverlo compiutamente indennizzare.
809. — Converrebbe forse compensare con gl'interessi dovuti da chi eserciti il retratto i frutti che avrebbe potuto riscuotere chi vi soggiaccia?
810. — Chi soggiace al retratto ha forse diritto ad indennizzamento per le cure sue e le sue premure? — *Quid*, relativamente alle spese di viaggio?
811. — Quale è mai il prezzo da rimborsarsi da chi eserciti il retratto, quando gli stessi diritti ereditari formarono l'oggetto di più successive cessioni per vari prezzi?
812. — Continuazione. — In questo caso deggionsi forse fare restituzioni, sia dal primo cessionario al secondo, sia dal secondo cessionario al primo, secondo che il prezzo della seconda cessione sia minore o maggiore del prezzo della prima cessione?

813. — Del caso in cui la cessione abbia avuto luogo, ma medesimo capitale in contante o in cose fungibili, ma medesima rendita perpetua.
814. — Del caso in cui la cessione abbia avuto luogo mediante rendita vitalizia.
815. — Continuazione. — *Quid*, se il cedente della rendita vitalizia su trapassata, quando il coerede del cedente si presenti per esercitare il retratto?
816. — Che cosa mai debbe chi esercita il retratto rimborsare a chi vi soggiaccia, se la cessione costituisce una specie di permuta, tal che se il prezzo consista non in una somma di danaro, ma in determinati oggetti, mobili o immobili rilasciati dal cessionario al cedente?
817. — *Quid*, se il cessionario si fosse obbligato a far eseguire o ad eseguire esso medesimo un determinato lavoro per il cedente?
818. — *Quid* circa la convenzione onde una persona si fosse obbligata, verso un'altra, a manifestare una eredità testamentaria, o fare tutti i necessari procedimenti, per dimostrare i suoi diritti, a condizione che costui le darà, a titolo d'indennizzazione, una porzione qualunque dei valori, che le p-overranno della eredità stessa?
819. — Del caso in cui la cessione comprenda, per un solo e medesimo prezzo, oltre i diritti ereditari del cedente, altri beni o diritti.
820. — Se lo stesso individuo fosse cessionario di diritti ereditari di più coeredi dello stesso cedente gli altri coeredi potrebbero forse rimborsargli il prezzo dei diritti ereditari di uno dei cedenti, senza rimborsargli il prezzo dei diritti ereditari degli altri?
821. — Quando lo sperimento del retratto necessiti perito e stime, chi mai debbe sopportare la spesa?
822. — Non è necessario che la domanda di retratto venga preceduta o accompagnata da offerte reali.
823. — Il cessionario non potrebbe escludere lo sperimento del retratto, adducendo o offrendo provare che lo esercita trovandosi sprovisto di mezzi pecuniari, ed esercitare il retratto dei diritti ceduti dal coerede per cederli esso medesimo di poi.
824. — II. La questione in qual caso di tempo il retratto successorio possa esercitarsi debbesi dissaminare in tre epoche:
825. — I. Innanzi di cominciarli le operazioni della divisione.
826. — Continuazione. — La legge non ha stabilito alcun termine per esercizio del retratto successorio. — Conseguenza.
827. — II. Durante il corso delle operazioni della divisione possa forse esercitare il retratto successorio?
828. — Continuazione. — I coeredi del cedente possono forse rimborsare facilmente alla facilità di esercitare il retratto successorio?
829. — *Quid*, se avessero consentito a fare col cessionario una divisione provvisoria?
830. — *Quid*, se avessero fatto con lui la definitiva divisione della eredità e vi fosse luogo alla divisione suppletoria di un oggetto omesso? Potrebbero forse escluderlo da questa seconda divisione?
831. — III. Terminata la divisione, lo esercizio del retratto successorio ad evidenza non è più possibile.
832. — In qual momento la divisione debbesi considerare terminata?

832. — Continuazione.

833. — La regola il retratto non potersi più esercitare dopo compiuta la divisione non debbe forse soggiacere ad eccezione nel caso in cui si fosse tenuta occultata la cessione?

806. — È nostro intendimento dissaminare qui:

A. Primamente sotto quali condizioni il retratto successorio possa esercitarsi;

B. E di poi durante qual tempo.

A. E innanzi tratto con quali condizioni?

A norma dell'art. 841 — 760, i coeredi del cedente possono escludere il cessionario dalla divisione, rimborsandogli il prezzo della cessione.

Non trattasi menomamente, come ben si ravvisa, del prezzo della porzione ereditaria ceduta; e ciò torna affatto semplice: avvegnchè, se dovesse pingersi il valore della porzione ereditaria, converrebbe che la porzione medesima venisse stimata in contraddizione col cessionario, val dire converrebbe ammetterlo nelle operazioni stesse da cui il retratto ha precisamente per iscopo di escluderlo.

Laonde non debbesi mai aver riguardo al valore de' diritti ereditari stessi, nè agl'incrementi o alle diminuzioni: sopraggiunti nello intervallo dalla cessione allo sperimento del retratto (confr. Pothier, *De' retratti*, n. 290, 291).

Io vero il retratto non è un novello contratto fra chi lo eserciti e chi vi soggiaccia: tutto l'opposto! è desso il diritto, per chi lo eserciti, di surrogare 'chi vi soggiaccia e di assumere a suo carico la cessione fatta a costui, la cessione medesima, tal quale è stata fatta, e conseguentemente con l'obbligo di rimborsare il prezzo della cessione stessa a chi soggiaccia al retratto:

Nè più;

Nè meno.

807. — Niente di più; e ciò che debbe rimborsare chi eserciti il retratto si è unicamente il prezzo reale, come dichiara l'art. 1699 — 1515, il quale è uopo ad evidenza applicare altresì nella subbietta materia.

Se dunque il prezzo enunciato nell'atto di cessione venne esagerato, è questa una frode che chi esercita il retratto è ammesso a dimostrare merco ogni genere di pruova (supra, n. 104, 402).

Ma altresì è uopo dimostrarla; doppochè la frode non si presume (confr. art. 1106, 2268 — 1070 e 2174), ed è mestieri, come insegnava Guy-Coquille, dimostrarsi da chi

se ne dolga essersi escogitata e premeditata in suo detrimento (su l' art. 24 della Cons. del Nirenese, tit. *Del retratto familiare*); anzi può affermarsi che in generale la semplice sopropriazione del prezzo enunciato nell'atto col valore apparente e probabile de' diritti ereditarii ceduti non basterebbe a dimostrarla; nondimeno: soggiugniamo tal circostanza costituire un indizio de' più gravi.

Quando siasi provato lo esageramento del prezzo, chi esercita il retratto è in obbligo, come ben si comprende, di rimborsare al cessionario il prezzo effettivo, val dire il prezzo effettivamente convenuto.

E qualora, dopo aver provato la simulazione del prezzo dichiarato, tornasse impossibile a chi esercita il retratto di provare in che consista il prezzo effettivo, competerebbe al magistrato determinarlo, secondo le circostanze del fatto.

Finalmente aggiugniamo che, quando siasi provata la esagerazione del prezzo dichiarato, chi eserciti il retratto debbe parimente rimborsare al cessionario le spese di registrazione in corrispondenza del prezzo effettivo della cessione; e ciò che costui abbia pagato di più, per effetto della simulazione, debbe al certo rimanere a suo carico. È ben vero soggiacere egli allora a perdita; ma torna molto opportuno che gli escogitatori di frode soggiaccino talvolta essi medesimi alle proprie insidie, ed avvisiamo con l' onorevole Duvergier, addivenire stupenda siffatta lezione (*Della vendita*, t. II, n. 386; confr. decis. C. di Grenoble 11 giugno 1806, Gibord, D., 1807, II, 47; di Aix 5 dic. 1809, Guizot, Sirey, 1812, II, 379; di Nîmes 4 dic. 1823, Journet, Dev. e Car., *Collez. nuova*, 7, II, 273; di Parigi 14 feb. 1834, Rignon, 1835, II, 56; arresto C. cass. 4 lug. 1835, stesse parti. D., 1835, I, 400; decis. C. di Bastia 23 marzo 1835, Limazola, D., 1835, II, 349; Chabot, art. 841, n. 22; Toullier e Duvergier, t. II, n. 450, nota a; Duranton, t. VII, n. 495; Aubry e Rau, t. III, p. 327; Massé e Vergé, t. IV, p. 330; Demante, t. III, numero 174 bis, IX).

808. — Niente di meno, diciamo; avvegnachè chi esercita il retratto, surrogando chi vi soggiaccia ed assumendo il suo posto, logicamente, equamente debbe assumerne a proprio carico tutti i pesi come ne assume tutti i vantaggi.

Nononde è uopo ancora applicare qui l' art. 1699—1545, il quale dichiara che chi eser-

citi il retratto di diritti litigiosi, debbe imbonare non solo il prezzo principale; ma eziandio le spese ed i legittimi pagamenti e gl' interessi, a computare dal giorno in cui il cessionario sborsò il prezzo della cessione fattagli: usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem, et usurarum ejus, dichiarava altresì la Costituzione di Anastasio (L. 22, Cod. Mandati).

L' articolo 841 nulla racchiude in contrario; ed è manifesto il vocabolo prezzo, che esso limitasi ad adoperare; doversi intendere in significazione ampia, per dinotare tutti i pesi della cessione.

La ragione e l' equità impongono così; dappoichè il cessionario di diritti ereditarii non merita meno favore del cessionario di diritti litigiosi; e nè l' uno nè l' altro debbono soggiacere a perdita per effetto del retratto: quando si assume il posto loro, il meno si è che vengono compiutamente indennizzati (confr. Chabot, art. 841, n. 21; Poujol, n. 97; Vazeille, art. 844, n. 29; Toullier, t. II, n. 450; Duranton, t. VII, n. 202).

809. — Si dovrebbero forse compensare, con gl' interessi dovuti da chi esercita il retratto i frutti che avrebbe potuto riscuotere chi soggiaccia?

Primamente osserviamo abbastanza di raro avvenire che chi vi soggiaccia abbia percepito frutti; dappoichè essendo indivisa la eredità, i frutti si percepiscono per conto della massa (*infra*, n. 137).

So nondimeno, per qualsivoglia circostanza, il cessionario avesse percepito frutti, come se, per esempio, uno de' coeredi avesse venduto la sua porzione ereditaria, dopo aver proceduto co' suoi coeredi ad una divisione provvisoria, è manifesto il cessionario non poter pretendere simultaneamente i frutti dei beni ereditarii e gl' interessi del prezzo.

Dunque potrebbesi allora sostenere doversi procedere, tra frutti e gl' interessi, ad una specie di compensazione, e gl' interessi cominciare a decorrere dal momento stesso in cui i frutti comincerebbero ad esse dovuti (arg. dall' art. 1682 — 1528; confr. arresto C. cass. 15 gennaio 1840, Roujeard, Dev., 1840, I, 429).

E non pertanto ci parrebbe più giuridico lo statuire gl' interessi esser sempre dovuti al cessionario, in conformità dell' art. 1699 — 1545 dal giorno in cui sborsò il prezzo della cessione fattagli, salvo liquidazione, relativamente a' frutti, val dire salvo il dedur-

re il valore estimativo de' frutti, che avesse percepiti (confr. decis. C. di Bordò 25 marzo 1857, God., 1857, II, 416; Benoit, n. 118).

810. — Ma, risponderà ancora chi soggiaccia al retratto, e pel tempo, per le cure, che ho speso dunque nulla mi dovete? e non ho forse diritto ad indennizzamento, ad onorarii?

Oh! per tutto questo nulla vi si deve al certo!

La rimborsazione è dovuta soltanto per le spese e pagamenti legittimamente fatti.

Indubitabilmente il cessionario avrà dovuto adoperare in quella faccenda molto tempo, cure ed andirivieni.

Ma è questa un'alca da lui corsa ed alla quale doveva conoscere esporsi (confr. arresto C. cass. 4 lug. 1835, Rignon, D., 1835, I, p. 400.)

In ultima analisi gli si dovrebbero attribuire le spese de' viaggi, che astretto a fare appositamente per quello affare; e pure lice dubitare che la espressione *spese e pagamenti legittimi*, adoperata nell'art. 1699, comprenda cosa diversa delle spese relative all'atto stesso di cessione, come gli onorari del notaio ed i diritti di registrazione.

Non pertanto Pothier insegnava, in materia di retratto familiare, che « le spese di viaggio debbano annoverarsi fra' pagamenti legittimi ». (*De' retratti*, n. 309 e 315); e Guy-Coquille divideva similmente « potersi aggiungere ai pagamenti legittimi il viaggio fatto dal compratore per recarsi presso il venditore che abitasse in altro luogo ... » (*su la Cons. del Nivernese*, tit. *Del retratto familiare*, art. XI).

Di fatti cotesta dottrina sembra equa quando si ravvisi essere tali spese necessarie ed altronde moderate.

811. — Quale è mai il prezzo che debbesi rimborsare da chi eserciti il retratto, quando gli stessi diritti ereditari furono l'oggetto di più cessioni successive per varî prezzi?

Primo per esempio, comprò diritti ereditari per 100.

E dappoi li rivendette a Secondo per prezzo maggiore o minore, per 120 ovvero 80.

Il coerede del cedente, il quale voglia esercitare il retratto avverso Secondo, che cosa debbe rimborsargli?

Il prezzo della prima cessione? oppure il prezzo della seconda?

Per sostenere doversi rimborsare il prezzo della seconda cessione da chi eserciti il re-

tratto, potrebbesi addurre il seguente argomento:

La regola in materia di retratto si è essere uopo indubitabilmente, ma essere pure sufficiente che colui avverso il quale il retratto si eserciti venga indennizzato; ed in vero, qualora sia compintamente soddisfatto, di che mai potrebbe dolersi?

Or colui avverso il quale il retratto si esercita è il secondo cessionario;

Dunque gli si dee rimborsare il prezzo da lui pagato: dunque, se abbia pagato 120, conviene rimborsargli 120, anche quando il prezzo della prima cessione fosse stato di 100; dunque viceversa basta rimborsargli 80, anche quando il prezzo della prima cessione fosse stato di 100.

La Corte di cassazione parrebbe avere ammesso cotesta dottrina in materia di diritti litigiosi; dappoi ch'è sembra emergere da un arresto da lei emesso, che chi eserciti il retratto potrebbe rimborsare al secondo cessionario il prezzo della prima cessione (il quale era, nella specie, minore del prezzo della seconda) per l'unico motivo la prima cessione frodolentemente tenuta (confr. arresto 13 gen. 1840, Roujeard, Dev., 1840, I, 429; Dutruc, n. 515).

Anzi la Corte di Besanzone positivamente giudicò, in materia di retratto successorio, chi eserciti il retratto dover rimborsare il prezzo dell'ultima cessione (decis. 5 giugno 1857, Dautriche, G. del Foro, 4037, pag. 1239).

Non pertanto avvisiamo il principio essere non doversi sempre aver riguardo, per lo esercizio del retratto, al prezzo della prima cessione, senza distinguere se sia minore o maggiore del prezzo della seconda:

Di fatti tale era il principio osservato un tempo in materia di retratti.

« Quando io abbia comprato, insegnava Pothier, un predio sottoposto a retratto, poco di poi, durante il tempo concesso per lo sperimento del retratto, da me rivenduto a Pietro, l'azione di retratto familiare che l'erede del mio venditore esercita contro Pietro è la stessa azione che ha diritto di esercitare contro di me, cui Pietro va sottoposto come possessore del predio gravato ».

« Da ciò consegua essere in obbligo di rimborsare a Pietro tutto ciò che dovrebbe rimborsarmi, se avesse dovuto esercitare il retratto avverso di me: perocchè, se ho rivenduto il predio più o meno di ciò che mi ha

costalo, non il prezzo pel quale Pietro l'ha comprato da me, ma quello pel quale io l'ho comprato, gli si deve rimborsare dall'erede... ») *De' retratti*, n. 341; confr. eziandio Loysel, *Inst.*, cons., lib. III, tit. V, regola 38, ediz. Dupin e Laboulaye; Guy-Coquille, *su la Cons. del Nivernese*, art. 43 del titolo *Del retratto familiare*).

Or lo stesso principio ci sembra sancito con l'art. 844, da cui risulta il prezzo da rimborsarsi da chi eserciti il retratto essere il prezzo della cessione primitiva, val dire di quella onde un coerede avesse ceduto il suo diritto alla eredità.

Conviene aggiungere coesta dottrina essere sommamente giuridica.

In vero il secondo cessionario è l'avente causa del primo cessionario, il quale ha potuto trasferirgli i diritti ereditarii cedutigli con le condizioni inerenti alla propria cessione;

Or la stessa legge ha stabilito, nell'atto della prima cessione, la condizione del retratto successorio, val dire il diritto, pe' coeredi del cedente, di escludere il cessionario, rimborsandogli il prezzo della cessione medesima, nè più nè meno;

Dunque il cessionario, i cui diritti derivano da questa prima cessione, ha potuto acquistarsi sotto la medesima condizione: dunque il prezzo di rimborsargli debbe sempre essere, nè più nè meno, il prezzo della prima cessione (confr. *supra*, n. 97; Merlin, *Quist. di diritto*, t. II, v. *Diritti ereditarii*, § 2, n. 2; Labbé, *Rivista critica di legislaz.*, 1833, p. 433, n. 28).

812. — Dunque tanto meglio pel secondo cessionario, se abbia comprato 80 ciò che il primo cessionario, suo autore, aveva comprato 100; chi eserciti il retratto dovrà sempre pagargli 100; e così troverassi aver guadagnato 20: lo evento di tal vantaggio rinviensi compreso nella cessione fattagli dal primo cessionario, di cui è l'avente causa.

Ma se per contrario il secondo cessionario abbia potuto per 120, mentre il primo cessionario aveva sborsato 100, viceversa diremo: tanto peggio per lui!

Pothier non ammetteva siffatta reciprocanza; e per metteva al secondo compratore, avverso il primo, dal quale trasse i suoi diritti, ripetere la differenza: era suo motivo che il primo compratore non potesse conservare lo importare di coesta differenza; dappoichè, per effetto della evizione sofferta dal suo

compratore, travavasi in avvenire privo di causa presso di lui (*De' retratti*, num. 342, 343).

Indubitatamente grave è coesta ragione; ma nulladimeno non puossi forse rispondere esservi un'alca nota di evizione, che il secondo cessionario si presume avere assunto; ed il primo cessionario, cedendogli il posto, ha inteso renderglielo a suo rischio e pericolo. Era questa la ragione addotta da Grimaudot, il quale divisava di fatti che il secondo compratore non potesse esercitare azioni di ripetizione avverso il primo, quando avesse saputo che il predio vendutogli andasse sottoposto a retratto; e lo stesso Pothier, nella sua introduzione al titolo XVIII della consuetudine di Orleans, sembra abbracciare altresì tale sentimento (n. 47).

Rispetto a noi, avvisiamo parimente essere non così statuire, secondo il probabile intendimento delle parti, e tale essere la conseguenza della vera natura del diritto di retratto.

Aulicli autori insegnarono una tesi affatto opposta; e, a creder loro, la differenza che potesse rinvenirsi fra il prezzo della prima vendita ed il prezzo della seconda, doveva sempre attribuirsi al primo compratore, fusse o pur no a lui vantaggiosa.

A cagion di esempio, il secondo compratore aveva forse comprato per 120, mentre il primo aveva comprato per 100; i 20 formanti la differenza in più dovevano rimborsarsi al primo compratore, il quale ne traeva vantaggio; del pari che se il primo compratore avesse comprato per 100 o rivenduto per 80 soltanto, i 20 formanti la differenza in meno dovevano rimborsarsi al secondo compratore del primo, che ne soffriva la perdita.

Era questa segnatamente la opinione di Bartolo, riferita da Tiraquello, il quale non sembra altronde esso medesimo emettere alcun sentimento intorno a tal questione (tit. I, § 42, glos. 4, n. 15 e seg.).

Siffatta dottrina è stata pure recentemente propugnata da Labbé; per dimostrare il secondo cessionario non dover profilare della differenza fra il prezzo della prima cessione ed il prezzo della seconda, il nostro onorevole collega invoca il noivo, già addotto nell'antico diritto, cioè: che se il venditore si presume cedere al compratore tutti i diritti mercè de' quali costui può difendersi avverso i terzi, non avviene lo stesso riguardo ai diritti personali, sorti a suo vantaggio in oc-

casione della cosa, ed i quali non possono servire al compratore per conservarla con maggior sicurezza avverso i terzi: ora tal è, affermasi, il credito di cui trattasi, dappoiché converrà sempre che chi esercita il retratto lo rimborsi interamente, sia all'uno, sia all'altro: conseguentemente Labbé conchiude che il secondo cessionario dovrà chiamare in causa il primo cessionario, suo autore, affinché costui si opponga al retratto (*Rivista crit. di legislaz.*, 1855, p. 153, n. 29).

Siffatta necessità della chiamata in causa del primo cessionario costituirebbe di per sé sola, a creder nostro, un vigoroso argomento avverso tal dottrina; avvegnachè ci sembra affatto opposta alla natura del retratto, il quale debbe regolarmente agitarsi fra chi lo esercita e chi vi soggiaccia (*infra*, n. 442); ed è questo il motivo per cui avvisiamo che, bene interpretando la intenzione delle parti nei contratti dalla legge dichiarati sottoposti a retratto, si discopre avere elleno voluto formarli a rischio e pericolo del cessionario o del subcessionario, di colui in somma avverso il quale, in ultima analisi, il retratto dovrà solo difendersene, senza poter chiamare alcuno in garanzia; dappoiché è questa la sorte comune di chiunque compri una cosa, che egli conosce andar sottoposta al retratto.

Laonde, in buona sostanza, tre soluzioni diverse vennero un tempo e vengono ancora oggi in campo intorno a siffatta questione:

1° In conformità della prima, la differenza in più o in meno tra il prezzo della prima cessione ed il prezzo della seconda riguarda sempre il primo cessionario;

2° In conformità della seconda, il primo cessionario non debbe godere il vantaggio emergente dalla differenza in più; ma soggiace alla perdita risultante dalla differenza in meno;

3° Finalmente, in conformità della terza opinione, la differenza in più o in meno riguarda sempre il secondo cessionario esclusivamente.

Debitari ci fa sapere che « essendosi tal questione agitata nel due dicembre 1722, venti de' più famosi avvocati di Parigi divisarono il secondo compratore non avere azione avverso il primo venditore. » (T.IV, v° *Retratto familiare*, n. 222).

Crediamo aver dimostrato cotesto divisamento doversi ancora oggi reputare il migliore.

813. — Quando la cessione abbia avuto

luogo mediante un capitale in contante, ovvero, più generalmente, in cose fungibili, tutto torna semplicissimo: chi esercita il retratto debbe rimborsare il capitale medesimo o lo equivalente delle cose fungibili.

Similmente, se la cessione abbia avuto luogo mediante una rendita perpetua, chi esercita il retratto debbe rimborsare a chi vi soggiaccia le annualità già pagate, ed assumere in sua vece e liberazione il futuro pagamento della rendita, salvo ad esso la facoltà di redimerla (*infra*, n. 442).

814. — Ma che mai statuire, se il prezzo della cessione sia una rendita vitalizia, che il cessionario debbe pagare, sia al cedente, sia ad un terzo?

In tal caso neppure vassi incontro a difficoltà, se il creditore della rendita vitalizia esista ancora nel momento in cui venga esercitato il retratto: chi lo esercita dovrà:

1° Rimborsare a chi vi soggiaccia le annualità pagate da lui, unendovi eziandio gli interessi, a computare da ciascun pagamento, salvo il dedurno il valore dei frutti percepiti da chi soggiaccia al retratto;

2° Assumere in avvenire il pagamento delle annualità al cedente in vece e liberazione di chi soggiaccia al retratto (*conf. infra*, n. 442; *Duranton*, t. VII, 198; e *supra*, numero 408).

815. — Ma supponiamo che il creditore della rendita vitalizia sia trapassato, quando il coerede del cedente voglia esercitare il retratto.

Siffatta ipotesi è più procaccida.

Pothier ha manifestato due opposte opinioni:

1. Così primieramente, nel suo *Trattato de' feudi*, il chiarissimo autore insegna che, quando il contratto di rendita vitalizia sia di natura tale da dar luogo al retratto feudale, questo non può più esercitarsi, dopo estinta la rendita vitalizia per la morte del creditore, ed il suo ragionamento è il seguente:

Il retratto è il diritto di assumere il posto altrui; e conseguentemente trae seco di necessità l'obbligo, per chi esercita il retratto, di pagare a chi soggiaccia il prezzo della cessione;

Or, da un lato, il rischio è essenzialmente il prezzo della cessione fatta, mediante rendita vitalizia; d'altro lato il rischio medesimo non sussiste più, quando la rendita vitalizia trovisi estinta per la morte del creditore;

Dunque il retratto è divenuto impossibile, per effetto della stessa impossibilità, per chi lo esercita, di rimborsare a chi vi soggiaccia il prezzo della cessione (*Trattato de' feudi*, part. II, cap. II, art. II, sez. I, § 2).

II. Ma nella *Introduzione al titolo dei feudi* della consuetudine di Orleans, Pothier insegna per contrario che il retratto può ancora esercitarsi dopo estinta la rendita vitalizia, con l'obbligo da parte di chi esercita il retratto di rimborsare a chi vi soggiaccia il prezzo del contratto, restituendogli il prezzo del rischio, assunto col contratto, il quale consiste nella somma cui gli arbitri faranno ascendere, nel tempo del contratto, la rendita vitalizia, che il compratore erasi obbligato, col contratto medesimo, di pagare durante lo incerto tempo della vita del venditore.

E Pothier aggiugne non bastare che chi esercita il retratto offra di rimborsare semplicemente tutte le annualità della rendita vitalizia, pagate dal compratore sia alla morte del venditore; dappoichè il prezzo, egli dice, consisteva non nelle annualità pagate, ma nei rischi corsi del compratore (n. 246; e *Trattato de' retratti*, n. 79).

III. Relativamente a noi, avvisiamo, ad onta della vostra profonda ammirazione pel sommo giureconsulto, che nè l'una nè l'altra di colesse soluzioni debbasi seguitare, e che è mestieri per contrario ammettere la dottrina proscritta da Pothier, cioè essere tenuto chi esercita il retratto di rimborsare a chi vi soggiaccia le annualità della rendita vitalizia da lui pagate sia al giorno in cui trovisi estinta:

1° Il retratto è il diritto, per chi lo eserciti, di assumere il posto di chi vi soggiaccia, assolutamente lo stesso posto, e per lo stesso prezzo, nè più nè meno; talchè chi eserciti retratto reputasi avere direttamente contrattato col cedente: in omnibus et per omnia idem habetur ac si emisset a venditore (*Infra*, n. 439);

Or chi soggiaccia al retratto ha comprato mediante rendita vitalizia, val dire con la condizione di pagare le annualità durante la vita del creditore, e venirne liberato dopo la sua morte;

Dunque chi eserciti il retratto ha sempre diritto di surrogare chi vi soggiaccia, con la medesima condizione.

2° Di fatti il volere che si determini ciò che voleva, in tempo della cessione, la rendita vitalizia, in ragione della probabile du-

rala della vita del creditore; è gravemente snaturare il retratto: è formarne un novello contratto; dappoichè il prezzo della cessione fatta a chi vi soggiaccia non è il valore estimativo del rischio; ma il rischio stesso; e chi esercita il retratto debbe rimborsare sempre a chi vi soggiaccia lo stesso prezzo, mercè di cui abbia comprato.

Consequentemente convien dire:

O che l'esercizio del retratto torni impossibile dopo estinta la rendita vitalizia;

O, se torni possibile, che chi soggiaccia al retratto tragga vantaggio da tale estinzione, come l'avrebbe tratto chi lo eserciti, e che gli basti rimborsare a costui le annualità da esso pagate;

Or, a dir vero, non potrebbesi divisare la estinzione della rendita vitalizia rendere impossibile lo esercizio del retratto; Pothier, il quale aveva così insegnato dapprima, ha esso medesimo abbandonato tale opinione; e di fatto non iscorgesi, in forza di qual testo, nè di qual causa chi eserciti il retratto troverebbesi allora decaduto dal diritto di esercitare.

Dunque può esercitarlo, rimborsando semplicemente al cessionario le annualità della rendita, e cotesta soluzione, comunque sfavorevolissima indubitamente a chi eserciti il retratto, torna sommamente unisona ai principii in materia di retratto; dappoichè da un lato, se chi eserciti il retratto cava un vano taggio, chi vi soggiaccia! viene compiutamente indennizzato (la qual cosa è sufficiente nella subbietta materia): e, d'altro lato, trovandosi chi esercita il retratto surrogato, lui pienamente, debbe trar vantaggio della estinzione della rendita vitalizia, come ne avrebbe cavato utile chi soggiaccia al retratto, in qualsivoglia epoca abbia avuto luogo tale estinzione: così il parlamento di Bretagna aveva giudicato un tempo con decisione del 27 marzo 1727, che Pothier ha affermato non poter gustare, ma che Housseau de la Combe plaudiva (*V. Rettrato Retraente*; conf. C. cass. 4. dic. 4806, Rousset, Sirey, 4806, II, 948; Denizart, v. *Rettrato familiare*, n. 2-29; Merlin, *Rep.*, v. *Diritti successorii*, n. 9; Chabot, art. 844, n. 24; Toullier, t. II, n. 451; Vazeille, art. 841, n. 31; Dutruc, n. 498; Zachariae, Aubry e Rau, t. III, p. 327; Massé e Vergé, t. IV, p. 335).

816. — Chi eserciti il retratto che mai dovrà rimborsare a chi vi soggiaccia, se la cessione costituisca una specie di permuta,

val dire se il prezzo consista non in una somma di danaro, ma in determinati oggetti, mobili o immobili, rilasciati dal cessionario al cedente?

Primamente è manifesto che il cedente, egli non è tenuto sostituire tali oggetti, sia che gli abbia alienati, sia che li posseda ancora: di fatti la cessione è mantenuta, sotto ogni rapporto, fra lui ed il cessionario; e lo esercizio del retratto non vi potrebbe arrecare la menoma offesa (infra, n. 442).

E siccome abbiamo osservato i coeredi del cedente poter sempre esercitare il retratto avverso simigliante cessione (sup., n. 401), così la conseguenza ne è necessariamente dover si procedere ad una valutazione non già, come ben si comprende de' diritti ereditarii ceduti (di cui non evvi luogo in verun caso a considerare il valore), ma semplicemente degli oggetti, mobili o immobili, somministrati dal cedente o che costui siasi obbligato a somministrare, come equivalente, al cessionario; o precisamente questo valore estimativo determinato merce valutazione in contraddizione fra le parti, debbasi pagare da chi eserciti il retratto.

Altronde tali oggetti debbono stimarsi secondo il loro valore in tempo della cessione: a prescindere dagli incrementi o dalle accidentali diminuzioni, che avessero potuto sopraggiungervi nello intervallo dalla cessione allo apertimento del retratto.

La regola si è essere simultaneamente necessario e sufficiente che chi soggiaccia al retratto venga indennizzato, val dire che chi lo eserciti debba rimborsargli il preciso valore, nè più nè meno, da lui sborsato;

Or il valore che chi soggiaccia al retratto abbia sborsato è quello che aveva l'oggetto da lui rilasciato nel momento in cui se ne spogliò;

Dunque è dopo restituirgli il valore medesimo anche quando l'oggetto fosse dappoi diminuito di prezzo presso il cedente: dunque basta restituirglielo, anche quando l'oggetto fosse dappoi aumentato di prezzo (confr. decis. C. di Limoges 45 genn. 4842, Georges. Dev. e Car., *Collez. nuova*, 4, II, 44; arresto C. cass. 19 ott. 4844, stesse parti, Sirey, 4845, I, 142; decis. C. di Caen 49 mar. 4842, Felliou, Dev., 4843, II, 96; sentenza del trib. civ. di Lesparre 30 aprile 4856, e decis. C. di Borio 25 marzo 4857, Godet, D., 4857, II, 416; Duranton, t. VII, n. 497; Poujol, art. 841 n. 12; Benoit, n. 60; Belost-Jolimont

sopra Chabot, art. 841, osserv. 43; Dutruc, n. 497; Demante, t. III, n. 471 bis. VIII; Zachariae, Aubry e Rau, t. III; p. 327; Massé e Vergé, t. IV, p. 335).

847. — Converrebbe applicare una soluzione simigliante al caso medesimo in cui il cessionario avesse promesso al cedente, per prezzo de' diritti ereditarii, di far eseguire o eseguire esso medesimo un lavoro qualsivoglia: come se, per esempio, il cessionario essendo architetto si fosse obbligato a costruire una casa al cedente.

Vi sarebbe luogo a stimare ciò che valga l'obbligazione da lui assunta; e precisamente lo importare di tale stima dovrebbero rimborsare da chi esercita il retratto (confr. Potbier, *De' retratti*, n. 305).

848. — Primo si è obbligato verso Secondo e svolgerli una eredità pervenutagli, e praticare tutte le cure e tutte le spese necessarie per assadare la sua chiamata ereditaria e liquidare i suoi diritti, a condizione che Secondo gli darà, a titolo d'indennizzamento, la metà o altra porzione de' valori che gli spettano nella eredità.

La Corte di Parigi statul tal convenzione non potersi considerare come cessione di diritti ereditarii, e conseguentemente non andare sottoposta al retratto successorio (Decis. 2 aprile 1852, Lebégue, Dev., 4852, II, 674).

Di fatti puossi affermare che Primo ha contratto semplicemente in questo caso una obbligazione di fare per prezzo della quale, a dir vero, ha stipulato, a titolo d'indennizzamento e di premio aleatorio, una parte de' valori ereditarii da conseguire, ma che nondimeno è sempre un creditore, e che è tanto poco un cessionario di diritti ereditarii in quanto che Secondo ha sempre solo qualità per figurare di nome nelle operazioni della divisione, e Primo potrebbe figurarvi, egli il semplicemente come suo mandatario. Quindi il patto de *quota litis*, con cui la convenzione in disamina offre molta simiglianza, neppure si considera come cessione di diritti litigiosi, suscettivo di andar sottoposta al retratto stabilito con l'art. 4699 — 1545 (confr. decis. C. di Bourges 19 genn. 1830, Frébault, D., 4830, II, 65; Duvergier, *Della vendita*, t. II, n. 389).

Non pertanto aggiungeremo convenir vigilare rigorosamente tali specie di contratti, dappoichè è manifesto poter divenire di leggieri un mezzo di frode per sottrarre al retratto successorio vere cessioni di diritti ereditarii.

E converrebbe non fermarsi alla obbiezione, da noi rinvenuta nella sentenza del tribunale di Reims del 22 aprile 1850, confermata con la surriferita decisione della Corte di Parigi: cioè che il retratto successorio non potrebbe allora esercitarsi; dappoichè da un lato il prezzo da rimborsare al terzo, il quale abbia contrattato con uno de' coeredi, potrebbe determinarsi dal risultamento stesso della divisione; e, d'altro lato, gli altri eredi dovendogli rimborsare una somma eguale a quella che produrrà il retratto successorio, trovansi quindi privi d'interesse ad esercitarlo.

Imperocchè, se venisse riconosciuto che la convenzione, tal quale ha avuto luogo, debba andare sottoposta al retratto successorio, la rimborsazione da farsi al terzo consisterebbe non nella stima della porzione dei diritti ereditarii, di cui avesse stipulato l'abbandono a suo vantaggio, alla quale stima non debbe mai dar luogo lo esercizio del retratto successorio (*supra*, n. 405), ma unicamente nella stima delle sue pratiche e cure, e nel rimborso delle autorizzazioni fatte: in somma dovrebbero applicare a tale ipotesi la stessa soluzione da noi applicata al caso in cui il cessionario di diritti ereditarii avesse promesso al cedente di eseguire per lui un lavoro qualsivoglia (*supra*, n. 416).

819. — Se la cessione comprenda per un solo o medesimo prezzo, oltre i diritti ereditarii del cedente, altri beni o diritti, chi eserciti il retratto, il quale non potrebbe venire astretto ad acquistare questi altri beni o diritti, può dimandare una stima, ad obbietto di rimborsare a chi soggiaccia al retratto il valore rappresentativo de' diritti ereditarii, di cui sperimenta il retratto.

E neppure converrebbe che chi soggiaccia al retratto si dovesse del dividere il suo contratto, sommettendolo ad una stima ingombra di difficoltà, e per lo stesso motivo, di incertezza ed arbitrio.

Agevole sarebbe la risposta!

Val dire che non doveva ignorare la cessione di diritti ereditarii andar sottoposta al retratto, e nessuna convenzione potersi formare fra il cedente ed il cessionario, il cui risultamento sia lo apportare ostacolo al suo esercizio in detrimento de' coeredi del cedente.

Dunque gli tornava sommamente agevole l'ovviare a ciò che gli accade; e gli bastava fare preventivamente esso medesimo

stima, comprando i diritti ereditarii per un prezzo distinto e separato.

La cessione, tal quale venne fatta, implica, sotto questo rapporto, se non un tentativo di frode, almeno una imprudenza, di cui debbe accagionare i risultamenti a lui stesso (confr. arresto C. cass. 4 dic. 1806, Bousset, Sirey, 1806, II, 948; decis. C. di Riom 2 marzo 1827, Peyret, D., 1829, II, 497; di Nîmes 3 mag. 1827, Chimas, D., 1828, II, 218; decisione cassata con arresto del 3 maggio 1830, I, 231; decis. C. di Bordò 25 marzo 1857, Godet, 1857, II, 446; Chabot, art. 841, n. 44. e Belost-Jolimont, *observ.* 43; Zacharino, Massé e Vergé, I, VI, p. 335).

820. — Se lo stesso individuo fosse cessionario de' diritti di più coeredi nella stessa eredità, gli altri coeredi potrebbero forse rimborsargli il prezzo de' diritti ereditarii di uno de' cedenti, senza rimborsargli il prezzo de' diritti ereditarii degli altri?

La negativa tornerebbe dapprima indubitata, se si trattasse di una cessione unica, consentita dai coeredi nello stesso atto e per un solo prezzo ed in massa.

Ma altronde avvisiamo che converrebbe adottare altresì la stessa soluzione pel caso in cui si trattasse sia di cessione fatta, nello stesso atto, per prezzi distinti, sia di più cessioni fatte successivamente, con atti separati e di date diverse, prima della dimanda di retratto (*infra*, n. 135, 136).

In vero lo scopo essenziale del retratto successorio si è lo escludere il cessionario dalla divisione: e non potrebbero ammettere essere possibile lo esercizio del retratto, quando sia manifesto tale scopo non potersi raggiungere;

Or non giugnerebbero ad escludere dalla divisione chi abbia acquistato i diritti ereditarii di due coeredi, esercitando contro di lui il retratto di una sola delle cessioni;

Dunque è uopo esercitare il retratto delle due cessioni, ciascuna delle quali gli conferisce egualmente diritto di concorrere alla divisione (confr. decis. C. di Tolosa 22 feb. 1840, Riviere, Dev., 1840, II, 318).

821. — Generalmente si avvisa coteste specie di valutazione e stima (*supra*, num. 415-447) doversi fare a spese di chi esercita il retratto.

È ben vero potersi obbiettare che soggiaccia al retratto averlo rendute necessarie con le condizioni del contratto.

Ma questa obbiezione non sembra suffi-

ciente per dipartirsi qui dalla regola doversi compiutamente indennizzare chi soggiaccia al retratto; e, volendo chi esercita il retratto assumere il posto suo è in ultima analisi logico ed equo che chi lo eserciti faccia tutte le spese necessarie per raggiungere lo scopo cui mira nel proprio interesse: è sufficiente che chi soggiaccia al retratto sia astretto a sopportare il risultamento di tali valutazioni, le quali snaturano l'operazione tal quale aveva inteso farla (confr. decisi. C. di Bordò 25 marzo 1857, Godet, D. 4857, II, 416; Pot-hier. *De retratti*, n. 304).

822.— Altronde non è necessario che la domanda di retratto sia preceduta o accompagnata da offerte reali dello importare delle restituzioni da farsi da chi eserciti il retratto a chi vi soggiaccia. Da un lato nessun testo richiede tal condizione; e non potrebbero quindi senza arbitrio subordinarvi lo sperimento del diritto di retratto, dalla legge puramente e semplicemente concesso;

D'altro lato, ben si comprende il legislatore non avere qui richiesto offerte reali; dappoiché, anche quando il prezzo della cessione fosse determinato, chi esercita il retratto può ignorarlo, ovvero lo importare delle restituzioni da farsi neppur trovasi determinato e debba formare l'oggetto di una valutazione.

Quarue spetta al magistrato statuire in fatto in quale epoca od in qual termine debba farsi la rimborsazione (confr. decisi. C. di Colmar 11 marzo 1807, Kerboy, Sirey, 1807, II, 281; di Besanzone 34 luglio 1809, Rous-sel, Sirey, 1813, II, 362; di Pau 40 giugno 1839, Fitte, D., 4834, II, 27; di Bourges 46 dic. 1832, Remon, D., 4834, II, 99; di Bastia 23 marzo 1835, Limazola, D., 4835, II, 58; sentenza del trib. civ. di Lesparre 3 apr. 1856, Godet, D., 4857, II, 116; Du-rauton, t. VII, n. 209. Zachariae, Aubry e Bau, t. III, p. 327; Duvier, *De la rendita*, t. II, n. 383.)

823.— Si è giudicato la circostanza il cedente trovarsi privo di mezzi pecuniari e di mandare di esercitare il retratto de' diritti ereditari ceduti, con lo intendimento di cederli esso medesimo ad altri, non potere ostare allo esercizio del retratto (decisi. C. di Bastia 24 marzo 1835, Limazola, D., 4835, II, 58).

Noi pure avvisiamo precisamente così: in vero sarebbe questa una incapacità non ammessa da alcun testo di legge, anzi una incapacità sommaramente singolare, la quale po-

trebbe far sorgere quistioni di as-scioglimento intorno a mezzi che soggiaccia al retratto, ed into-meno probabili intenzioni di lui (47).

824.— B. La nostra seconda q nel corso di qual tempo il retratto possa esercitarsi (supra, n. 40).

Cotesta quistione debbesi exam-epoche; e noi ci faremo ad inve-re retratto successorio possa esercita-1. Innanzi di cominciarsi le op-divisione;

II. Nel corso della loro durata-III. Dopo terminata.

825.— I. Dimandiamo priman-retratto successorio possa esercita-cessionario, prima di cominciarsi-ni della divisione, val dire prima-versi la divisione da lui o contro.

Per sostenere la negativa potri-care la formula dell'art. 841, il q-ra che il cessionario può essere-e divisione: dalle quali cose inferi-camente per via di eccezione pote-re di fatti il cessionario, e conseq-essere uopo concorrere alla divisi-de a qual pro, si dirà, prendere-va? nel momento in cui proceder-visione una circostanza qualsivog-fore potuto modificare lo stato e-rendere inammissibile il retratto? (34).

Non pertanto avvisiamo il retr-sorio potersi esercitare non solo-eccezione, ma eziandio per via di-a ta e principale, anche prima di-le operazioni della divisione.

I termini dell'art. 841 non so-denza restrittivi: ciò che dimostra-nostro, si è potersi esercitare il r-a quando non compinsi la divisi-n. 426); e non deggionsi intende-so non potersi esercitare sino a c-si enniaci la divisione.

Siete o pur no cessionario de'dir-coerede?

A ciò riducesi tutta la quistione

Se voi lo siete di fatti, avete si-momento, col diritto di figurare-sione, un diritto d'immischiament-fari della eredità, e conseguentem-pari, sin da questo momento, il di-tratto avverso di voi.

E possono quindi esercitarlo, pr

dimanda di divisione, come prima di ogni notificazione o intimazione della vostra cessione (confr. arresto C. cass. 9 ag. 1830, Baron, Dev., 1835, II, 349, nota 2; decis. C. di Bastia 23 marzo 1835, Limarola, D., 1835, II, 58; arresto C. cass. 7 genn. 1857, Chauvelot, D., 1857, I, 369.)

826. — Altronde la legge non ha stabilito alcun termine per lo sperimento del retratto successorio.

E conseguentemente, sino a quando non compiasi la divisione, il retratto può sempre esercitarsi, sia per via di eccezione, sia per via di azione;

Per via di eccezione: ciò è semplicissimo: di fatti è regola generale la eccezione perdurare tanto quanto l'azione.

Ma è nopo soggiungere essere del pari imprescrittibile l'azione principale e diretta di retratto: dappoichè è dessa un attributo ed una specie di annesso dell'azione di divisione; e quindi perdura tanto quanto questa. val dire che è, come questa, imprescrittibile (ved. il tomo III, n. 486; confr. arresto C. cass. 14 giugno 1820, Laurière, Sirey, 1821, I, 92; decis. C. di Agen 8 aprile 1845, Lafaurie, Dev., 1846, II, 489; Merlin, Rep. v. *Diritti successorii*, n. 40; Chabot, art. 841, n. 21; Marcadé, art. 841, n. 4; Dutruc, n. 519; Zachariae, Massé e Vergé, tomo IV, p. 340).

827. — II. Il retratto successorio possi forse esercitare nel corso medesimo delle operazioni della divisione?

Tal questione è più procaccia.

Trattasi forse conoscere se il retratto debbasi esercitare avverso il cessionario nel momento stesso in cui si presenta per partecipare alle operazioni della divisione, e prima di cominciarsi?

Ovvero per contrario, se possa esercitarsi sino a quando non compiasi la divisione?

In conformità di una dottrina avvalorata da gravissimi suffragi, nel momento in cui il cessionario si presenta per partecipare alle operazioni della divisione, il retratto successorio dovrebbe esercitarsi avverso di lui sotto pena di decadenza.

Ed in sostegno di questa dottrina possonsi di fatti addurre assai poderosi argomenti:

4.° A norma dell'art. 841 il retratto successorio ha per scopo di *escludere* il cessionario dalla divisione, val dire impedirgli d'immischiarsi nelle operazioni costituenti la divisione;

Or il retratto può raggiungere tale scopo solo quando venga esercitato prima di cominciare le operazioni; dappoichè, se vi fu ammesso una volta il cessionario, è manifesto non potere venire escluso, nel senso non potersi più sostenere non avervi figurato;

Dunque, in conformità del testo medesimo dell'art. 841, il retratto successorio debbasi esercitare prima di cominciare le operazioni.

2.° Altronde così richiede il motivo stesso che fece stabilire il retratto medesimo: si è voluto somministrare a' coeredi il mezzo di sottrarre il segreto degli affari della eredità alle indiscrete investigazioni di un cessionario estraneo; o conseguentemente sarebbe troppo tardi per escluderlo dopo averlo per contrario lasciato penetrare i segreti medesimi.

3.° Finalmente qual sarebbe, possi aggiungere, la posizione di questo cessionario se i coeredi del cedente, ammettendolo alle operazioni della divisione, conservassero nondimeno sempre avverso di lui il diritto di esercitare il retratto successorio? forse godrebbe di sua libertà? forse potrebbe difendere i suoi diritti, minacciato in ogni istante dallo esercizio del retratto? la posizione sua non potrebbe rimanere così incerta e precaria: dunque è mestieri che gli eredi prescelgano un partito, e si determinino, sin dalle belle prime, ad escluderlo o ammetterlo.

Dalla qual cosa si è inferito che, ammesso una volta alla divisione della eredità, non possono più esercitare avverso di lui il retratto (confr. Chabot, art. 841, n. 49; Toullier, I, II, n. 448, Marcadé art. 841, n. 4; Benoit, n. 68; Zachariae, Massé e Vergé, tomo IV, p. 338).

Non pertanto tali argomenti non sono, a parer nostro, concludenti; ed avvisiamo potersi rivolgere vantaggiosamente avverso la opinione a pro di cui pongonsi in campo:

1.° Di fatti, che mai dichiara il testo dell'art. 841? potere il cessionario essere escluso dalla divisione, senza restrizione né limitazione;

Or la divisione, semplicemente cominciata, debbasi sempre, come ben si ravvisa, o proseguire o finalizzare, se vogliasi;

Dunque è possibile il retratto fino a quando non compiasi la divisione; dappoichè è manifesto, sino a quando non compiasi la divisione, potere il cessionario venire escluso; val dire potersi sempre, sino all'ultimo atto che compie la divisione, invo-

care l'applicazione dell'art. 841, il quale permette il retratto.

2.° E ciò sembra logico e ragionevole.

Di fatti i coeredi possono non avere dapprima, intorno allo stato della eredità, dati abbastanza positivi per avventurarsi allo spegnimento del retratto.

Forse ancora avevano sperato, da parte del cessionario, spirito di conciliazione maggior di quello da lui mostrato, e, ravvisandolo cavillatore e litigante, trovansi astretti, per la propria condotta, a dirgli: Ritiratevi!

Finalmente avran potuto scoprire, dopo cominciate le operazioni, qualche affare, qualche segreto di famiglia, il quale desse loro attualmente, per esercitare il retratto, un motivo ed un interesse che non avevano dapprima?

3.° Relativamente a questa inegnanza di posizione di cui si vuole il cessionario, per effetto di questa minaccia di retratto, cui rimane sottoposto, durante il corso delle operazioni, la risposta si è essermi esso medesimo volontariamente esposto, comprando diritti ereditari.

E non opineremmo neppure potere egli interpellare gli eredi e costituirli in mora di dichiarare se vogliano o pur no accettarlo come coeredi: la stessa legge conferisce a coeredi la facoltà di retratto, sino a quando la divisione non si compia; e non potrebbe competere al cessionario modificare o restringere cotesta facoltà: altronde i motivi da noi addotti dimostrano cotesta facoltà non dover potere togliersi loro con veruna costituzione in mora da parte del cessionario (confr. arresto C. cass. 44 giugno 1820, Lantvére, Sirey 1821, I, 92; dec. C. di Bourges 49 genn. 1830, Frébaux, Dev., 1830, II, 116; di Bordò 28 giugno 1844, Percix, Dev., 1845, II, 407; di Agen 8 apr. 1845, Lafaurie, Dev., 1846, II, 189; di Tolosa 34 dic. 1852, Gayral, Dev., 1853, II, 23; Duranton, t. VII, n° 203; Duvergier sopra Toullier, t. II, n° 448, nota a, Zachariac, Aubry e Rau, t. III, p. 326, 327; Taulior, I. II, p. 392).

828.— Non pretenderanno già che i coeredi del cedente non possano rinunciare al diritto di esercitare il retratto successorio.

Per contrario abbiamo già ammesso potervi egli espressa rinunziare (supra, num. 67).

E ci sembra pure indubitato poterne rimanere decaduti per effetto di tacita rinunzia.

Ma è importante all'uopo il bene intendersi.

Si è insegnato la quistione se gli eredi avessero tacitamente rinunziato al diritto di esercitare il retratto successorio costituire una quistion di fatto da risolvere secondo le circostanze (confr. Zachariac, Massé e Vergé, t. IV, p. 338, 339; agg. arresto C. cass. 15 mag. 1833, Fréhaux, D., 1833, I, 212.)

Cotesta dottrina è al certo ben fondata, nel senso lo intendimento delle parti, da cui deriva la tacita rinunzia, potendosi inferire dalle circostanze di fatto, le circostanze medesime sono sempre, in queste specie di affari, precipuo elemento del decidere.

Non per tanto neppure è da dimenticare rinvenirsi qui parimenti una quistion di diritto: di fatti abbiamo stabilito la regola, in diritto il retratto successorio potersi esercitare sino al compimento della divisione (supra, n. 126);

Or è manifesto cotesta regola addivenire derisoria, e noi medesimi l'annienteremmo, se concedessimo potersi sempre statuire in fatto che, per l'unico motivo i coeredi del cedente aver proceduto, col cessionario, ad una operazione qualsivoglia della divisione, abbiano tacitamente rinunziato al diritto di esercitare il retratto successorio;

Quindi è da ammettere qui, come altronde quasi dovunque, venire in campo due quistioni, una di diritto, l'altra di fatto; val dire che la quistione in fatto, se vi sia stata tacita rinunzia alla facoltà di retratto, debbesi esaminare in conformità della regola il retratto potersi esercitare, per massima, sino a quando non compiasi la divisione.

Si è insegnato, a cagion di esempio, i coeredi del cedente aver tacitamente rinunziato al diritto di retratto successorio:

Se avessero chiamato il cessionario a concorrere alla divisione con essi, o avessero corrisposto al suo invito (Marcadé, art. 841, num. 4).

E se lo avessero ammesso all'una o all'altra delle operazioni preliminari della divisione (confr. dec. C. di Tolosa 22 feb. 1840, Rivière Dev., 1840, II, 318; Poujol, art. 841, n. 9; Toullier, t. II, n. 448; Chabot, art. 841, n. 19; Beist-Jolimont, Osservaz. 14; Benoit, n. 63 e seg.)

Affermasi aver così riconosciuto la sua qualità, ed aver consentito a procedere con lui.

Han forse riconosciuto la sua qualità?—Indubitabilmente; ma potevano forse disconoscere dallo aver proceduto con lui, in operazioni

alle quali aveva drillo di assistere, sino a quando non venisse esercitato il retratto avverso di lui, non evvi motivo per inferire non poterlo più esercitare (*supra*, numero 426).

Quando avvisiamo non potersi infornire la tacita rinunzia de' coeredi allo esercizio del retratto da soli seguenti fatti, cioè avere egli corrisposto allo invito del cessionario o averlo essi medesimi chiamato alla divisione; averlo ammesso alle operazioni preliminari e preparatorie della divisione, come la verificazione delle qualità delle parti, la rimozione de' suggelli, lo inventario; oppure alle operazioni più specialmente destinate a compiere la divisione, come la stima ovvero in generale la vendita de' beni; e non è necessario, a parer nostro, che i coeredi facciano, in tali circostanze, proteste e si riservino lo sperimento del retratto successorio (confr. decis. C. di Borgas 19 genn. 1830, Frebault, D., 1830, II, 63; di Bordò 28 giugno 1844, Dereix, Dev., 1845, II, 407; di Agen 8 apr. 1815; Lafaurie, Dev., 1846, II, 187; di Tolosa 31 die. 1852, Gayral, Dev., 1853, II, 23; *red.* pure decis. C. di Tolosa 29 apr. 1857, Rescoussier, G. del foro, 1858, p. 962).

Dunque sarebbero necessari altri atti, per potersi inferire, avverso i coeredi, una tacita rinunzia al retratto successorio: sarebbero necessari atti da quali la rinunzia medesima necessariamente emergesse: or la regola generale, la quale ci sembra potersi suggerire, si è colesti atti dovere esser tali da trovare inconciliabili con l'ulteriore esercizio del retratto, nel senso non permettere più di riporre il cessionario, rimborsandogli semplicemente il prezzo della cessione, nello stesso stato che se la cessione non gli si fosse fatta.

Tali sarebbero, a ragione di esempio:

La divisione de' mobili della eredità, che i coeredi avessero fatta col cessionario;

La divisione anche semplicemente delle rendite; e, in questo caso, bisognerebbe pure disaminare se si trattasse di semplici somme accordate a titolo di alimenti, con la virtuale e sottintesa riserva de' diritti di ciascuno;

La donazione fatta in comune ad un terzo da coeredi e dal cessionario di un oggetto della eredità;

Oppure la vendita fatta, per guisa da avere il cessionario contratto co' coeredi una personale obbligazione di garanzia verso il compratore (confr. decis. C. di Orlans 18

mag. 1839, Chauvean, Dev., 1839, II, 386; di Limoges 14 marzo 1848, Moisset, Dev., 1848, II, 454; di Montpellier 18 novembre 1853, Doumére, Dev., 1854, II, 20; *red.* pure Vazeille, art. 841, n. 197).

In vero tali vari atti assomano un carattere definitivo, ed implicano una irrevocabile attribuzione fatta dagli stessi coeredi al cessionario di un diritto ne' beni della eredità: dividere i mobili o le rendite, donare congiuntamente un oggetto ereditario, è ad evidenza procedere con lui alla divisione, almeno parzialmente; e così ci atterremo alla regola da noi fermata, in conformità della quale puossi esercitare il retratto, sino a quando non abbia avuto luogo la divisione; dappoi che se il retratto, in questi vari casi, non può più esercitarsi, la ragione si è effettivamente avere avuto luogo la divisione rispetto a taluni beni; dappoi che un'attribuzione di tali beni venne fatta da coeredi al cessionario, e, per esercitare in avvenire il retratto avverso di lui, converrebbe, sia riprendere ciò che gli fu attribuito, sia dividere il prezzo della cessione: or sono egualmente impossibili l'una e l'altra parte di questa alternativa.

828.— I coeredi del cedente i quali avessero consentito col cessionario, ad una divisione provvisoria, potrebbero forse dappoi escluderlo, mercè il retratto successorio, dalla definitiva divisione?

Ci parrebbe malagevole lo statuire così.

In vero non solo il cessionario, ammesso alla divisione provvisoria, ha potuto acquistar cognizione di tutti gli affari della eredità; ma la divisione provvisoria, attribuendo definitivamente a ciascuno de' coeredi le rendite, che conseguirà da' beni componenti la sua quota, ne risulta avere i coeredi, relativamente alle rendite stesse, proceduti col cessionario ad una divisione non solo provvisoria, ma definitiva (confr. *supra*, n.° 127, ed il t. III, n.° 690).

Quunque avvisiamo in generale non potere più poscia esercitare il retratto avverso di lui, se non ne avessero fatto riserva nell'atto di divisione provvisoria.

829 bis.— A fortiori i coeredi del cedente i quali avessero proceduto, col cessionario, alla definitiva divisione della eredità, non potrebbero più, a parer nostro, escluderlo dalla divisione supplettraria, eni darebbe luogo la omissione, nella prima divisione, di un oggetto della eredità (art. 887 807).

830.— Il è manifesto non potere più il

retrato successorio esercitarsi dopo compiuta la divisione.

È ben vero che Lebrun insegnava un tempo la opposta dottrina:

« Io opino, egli diceva, cotesta surrogazione de' coeredi aver luogo, eziandio nel caso che la vendita si faccia dopo seguita e perfezionata la divisione, per la ragione poter sopraggiungere difficoltà e garanzia » (Lib. IV, cap. II, sez. III, n° 67).

Ma ad evidenza l'art. 841 ha proscritto siffatta esagerazione, dappoichè ammette il retratto, affinché il cessionario possa venire escluso dalla divisione!

831.— Altronde la divisione debbesi riguardare perfezionata, relativamente allo esercizio del retratto successorio, quando ciascuno de' coeredi trovatisi legalmente impossessato della sua quota, sia mercè la estrazione a sorte, sia mercè attribuzione, secondo che siasi adottato l'uno o l'altro modo.

Nun è necessario che la esecuzione di fatto abbia avuto luogo mercè il rilascio e la effettiva immissione in possesso (confr. decis. C. di Metz 47 mag. 1820, Kieffer, Sirry, 1821, II, 305; Massé e Vergé, sopra Zachariae, t. IV, p. 338).

832.— Dovrebbe pure riguardare la divisione, anche quando, dopo la divisione generale de' beni della eredità, taluni oggetti mobili o immobili, intorno a cui i diritti delle parti venissero liquidati, si fossero lasciati in comunanza (arg. dall'art. 975 C. pr.— 4051; *supra*, n. 92 — 424 bis; confr. decis. C. di Grenoble 6 giugno 1826, Bredillon, Dev. Car. Collez. nuova, 8, II, 244).

833.— La regola non potersi più esercitare il retratto dopo compiuta la divisione debbe forse soggiacere ad eccezione nel caso in cui la cessione si fosse tenuta occulta, come se, a cagion di esempio, il cedente avesse continuato a figurare, in proprio nome, nelle operazioni della divisione?

No! si è risposto: allora il retratto rimarrebbe privo di oggetto; nè potrebbe giustificare, attribuendogli il carattere di pena inflitta alla frode (confr. Dutruc, n. 495; Vazeille, aut. 841, n. 49.)

Ma, a dir vero, la frode debbe forse giovare a' suoi autori? e non è forse regola indeclinabile di diritto, di ragione e di morale, che colui in detrimento del quale fu commessa la frode abbia diritto alla riparazione del nocumento arrecatogli, e la ripara-

zione stessa consistere a riportarlo nel medesimo stato in cui troverebbesi, se non avesse avuto luogo la frode?

Or, se tal frode non avesse avuto luogo, val dire se la cessione non si fosse dissimulata, il coerede avrebbe potuto esercitare il retratto successorio;

Dunque debbe potere esercitarlo, eziandio dopo divisione, a titolo di riparazione e ristoro di danni interessi; dappoichè, se non l'ha esercitato prima, ne è cagione il dolo dello stesso cessionario (confr. *supra*, n. 402; arresto C. cass. 4. dic. 1820, Mouville, D., *Rac. alph.*, v. Success., n. 1989; Pothier, *Della vendita*, n. 497; Merlin, *Rep.* v. *Diritti ereditari*, n. 44; Duvergier sopra Tonlicr, n. 442, nota o; e *De' retratti*, t. II, n. 378; Aubry e Rau sopra Zachariae, t. III, p. 326; Troplong, *Della vendita*, t. II, n. 998).

IV.

Quali sieno gli effetti, sia della domanda di retratto successorio, sia dello stesso retratto.

SOMMARIO.

834. — Divisione.

835. — A. Quali sono gli effetti della domanda di retratto? — 1. prima di ogni domanda, la causa che potesse dar luogo allo esercizio del retratto, non cessata di esistere la domanda di retratto torna impossibile.

836. — La stessa soluzione può forse ammettersi, quando siasi formata una volta la domanda di retratto?

837. — Continuazione.

838. — La domanda di retratto ha forse per effetto di astingere il cessionario a restituire i frutti, che potrebbe percepire a computare dal dì della domanda medesima?

839. — B. Quali sono essi gli effetti del retratto? — Esposizione.

840. — Il retratto non è una vendita novella: è semplicemente il diritto, per chi lo esercita, di surrogarsi chi vi soggiaccia, assumendo il suo posto.

841. — Conseguenza relativamente ai diritti di garanzia.

842. — Quali sono gli effetti del retratto rispetto al cedente? In specie il cessionario viene forse surrogato da chi esercita il retratto, per guisa da rimanere liberato dalle sue obbligazioni, e chi esercita il retratto esserlo solo in quanto in avvenire direttamente verso il cedente?

843. — Continuazione.

844. — Continuazione.

845. — Quando l'obbligazione contratta col cessionario verso il cedente sia a termine, e chi esercita il retratto debbe forse rimborsare immediatamente chi vi soggiaccia? ovvero per costarlo ha forse diritto di godere del beneficio del termine?

846. — Continuazione.

847. — Degli effetti della cessione fra chi esercita il retratto e chi vi soggiaccia.

848. — Chi esercita il retratto diviene, per effetto del retratto medesimo, proprietario; e conseguentemente può rivendere esso medesimo ad un terzo gli stessi diritti ereditari da lui acquistati col retratto.

834. — Ci rimane ad esaminare quali sieno gli effetti, sia della domanda di retratto, sia del retratto stesso.

835. — A. E primamente quali sono mai gli effetti della domanda, val dire della dichiarazione onde un coerede manifesta il suo intendimento di esercitare il retratto successorio?

È indubitato che se, prima di ogni dichiarazione di questo genere, la causa la quale poteva dar luogo allo esercizio del retratto sia cessata di esistere, la domanda di retratto addivene impossibile, sia qualunque il modo onde la causa medesima sia cessata di esistere, sia per effetto di caso fortuito, sia per fatto del cessionario.

Per esempio il cessionario è divenuto erede del suo cedente o di uno degli altri eredi:

Ovvero uno degli altri eredi gli ha donato i suoi diritti ereditari;

Oppure ha retroceduto (di buona fede, come ben si comprende, e sinceramente) al suo cedente i diritti ereditari che aveva da lui comprati.

In tutti questi casi indistintamente la domanda di retratto non potrebbe più formarsi.

L'art. 844 di fatti conferisce a' coeredi del cedente una semplice facoltà ad obbietto di esercitare il retratto; e... può essere escluso dalla divisione, » dichiara il testo;

Or una semplice facoltà non costituisce un diritto acquistato sino a quando non siasi esercitata (ved. il nostro tomo I, n. 45, della retroattività delle leggi): per conseguenza, sino a quel momento, nulla impedisce che venga tolta a colui al quale apparteneva sotto una condizione la quale non può più adempirsi, cioè sotto la condizione di esercitare la *re integra*, come affermavasi un tempo intorno alla medesima questione in materia di retratto consuetudinario (confr. *supra*, n. 28; decis. C. di Orleans 29 feb. 1832; *Chevalier*, Dev., 1836, II, 534; di Digione 11 gen. 1847, *Joudot*, Dev., 1848; II, 313; *Pothier*, *De retratti*, n. 494; *Merlin*, *Rp.*, v. *Diritti ereditari*, n. 44; *Richefort*, *Dello stato delle famiglie*, t. III, n. 435; *Zachariae*, *Aubry e Rau*, t. III, p. 327; *Massé e Vergé*, t. IV, p. 340.)

836. — La stessa soluzione può forse veni-

re ammessa, quando siasi formata una volta la domanda di retratto?

Ovvero per contrario il diritto al retratto non trovasi quindi acquistato, per guisa da non potersi togliere al coerede per verno ulteriore avvenimento, il cui risoltamento fosse il far cessare la causa, che dà luogo al retratto?

Primamente sembra indubitato che una volta formata la domanda da uno de' coeredi, nessuno volontario accordo fra il cessionario ed il cedente o gli altri coeredi potrebbe impedirne lo effetto in detrimento di chi esercita il retratto.

Di fatti tutte le domande di questo genere diverrebbero per lo più illusorie, se il diritto che ne discende, potesse venir poso a repentaglio con gli atti che il cedente ed il cessionario facessero nello intervallo dalla offerta alla sentenza dichiarativa dello effetto di questa offerta (confr. decis. C. di Parigi 16 mag. 1823, *Quenedey*, Sirey, 1823, II, 244; arresto C. cass. 4 mag. 1829, *Montagnier*, D., 1829, II, 235, col quale arresto venne cassata la decisione della Corte di Lione del 17 giugno 1825, D., 1825, II, 224; arresto della stessa Corte 7 gen. 1857, *Chauvelot*, Dev., 1857, I, 369).

837. — Ma non bisogna forse andare ancora più oltre? e la stessa soluzione non è forse parimente applicabile a tutti i casi indistintamente, val dire anche quando la causa la quale dava luogo al retratto, fosse cessata di esistere per caso fortuito, come se, per esempio, il cessionario fosse divenuto, dopo la domanda di retratto, erede del suo cedente o di uno degli altri eredi?

Si è preteso che in questo caso la domanda già formata non stabiliva un diritto acquistato al retratto, pel motivo che: « l'esercizio regolare di un'azione non basta per dovere l'azione medesima accogliersi; e che bisogna ancora aver conservato, sino alla sentenza, il carattere di utilità, senza cui non potrebbe ammettersi. » (*Ditue*, n. 500.)

Ma avvisiamo per contrario, in tutti i casi, la domanda di retratto una volta formata, stabilisce un diritto acquistato, il quale non potrebbe togliere al coerede che esercita il retratto per alcuno ulteriore avvenimento.

Di fatti cotesta soluzione è poggiata sopra un principio di diritto più generico del motivo, che si desume dal timore di una frodolenta retrocessione fatta dal cessionario al cedente (*supra*, n. 435).

E cotesto principio viene benissimo espresso da Potbier, nel seguente modo, precisamente nel suo *Trattato de' retratti* (n. 494):

« Per la dimanda, quando sia ben fondata, il convenuto contrae l'obbligazione di adempirvi, denominata *obligatio judicati* ».

Di fatti le sentenze sono semplicemente dichiarative; e, per determinare il merito della dimanda, conviene risalire al momento in cui venne formata;

Or, si suppone che la dimanda di retratto si sia formata in tempo in cui il retratto potesse utilmente esercitarsi;

Dunque il diritto trovasi in avvenire acquistato dall'attore per retratto, a prescindere da ogni ulteriore avvenimento; dappoi- ché lo effetto del retratto medesimo, una volta accettato o giudicato valido, risalirà al giorno stesso della dimanda (arg. dall'art. 385 C. com. — 377).

838. — È ben vero aver noi divisato (*supra*, n. 71 e s.) la dimanda di retratto formata da uno de' coeredi non avere per effetto di attribuirgli esclusivamente, riguardo a' suoi coeredi, il vantaggio emergente dal retratto.

Ma la situazione non è più la stessa; ed è uopo non confondere i rapporti di chi esercita il retratto verso chi vi soggiaccia coi rapporti del coerede che esercita il retratto verso i suoi coeredi.

Fra chi esercita il retratto e chi vi soggiaccia l'effetto della dimanda una volta formata ci sembra essere il conferire all'attore un diritto acquistato, sotto la sospensiva condizione di giudicarsi valida la dimanda; ed una volta avverata tal condizione, retroagisce fra chi esercita il retratto e chi vi soggiaccia sino al giorno della dimanda.

Ma fra' coeredi, gli uni rispetto agli altri, è sempre ben fondato lo affermare esservi ondeggimento fino a quando non si avveri la condizione, e nulla reputarsi irrevocabile: ciò è sì inconcusso che l'erede, il quale abbia formato la dimanda di retratto, potrebbe rinunziarvi: dunque i suoi coeredi sono sempre in tempo di unirsi a lui, sino a quando siffatta dimanda non si sia volontariamente o giudizialmente accettata; ma non ne conseguiva che il cessionario, a verso il quale si è formata, non trovisi obbligato, egli in ogni evento, per effetto della dimanda medesima (confr. i giudicati riferiti, *supra*, n. 434).

839. — Si è insegnato la dimanda di retratto produrre ancora lo effetto essere il cessionario tenuto, a computare dal dì di questa

dimanda, di restituire i frutti, che sino allora avesse potuto acquistare come possessore di buona fede (confr. Dutruc, n. 524; D., *Rac. alfab.*, 1857, II, 416, nota 5).

Mentre, in conformità di un'altra dottrina, il cessionario sarebbe tenuto alla restituzione de' frutti dal giorno in cui venisse rimborsato delle somme da lui pagate (confr. dec. C. di Bastia 23 mar. 1835, *Limazola*, D., II, 58; Massé e Vergé sopra *Zachariae*, t. IV, p. 330).

Forse converrebbe, prima di stabilire all'obbietto una tesi di diritto, assodare il fatto cui applicasi la tesi medesima: or abbiamo già osservato (*supra*, n. 108) che in fatto alquanto di raro il cessionario avrà percepiti frutti.

In vero per lo più, essendo indivisa l'eredità, i frutti si saranno raccolti per conto della massa comune.

E se si supponesse che il cessionario medesimo avesse posseduto taluni beni ereditari in generale del pari, piuttosto verso la massa comune alla quale appartengono i frutti, che verso chi eserciti il retratto in particolare, potrebbe trovarsi, secondo i casi, debitore di una restituzione di frutti (confr. Benoit; num. 448).

Non pertanto non è impossibile che il cessionario abbia percepito, *pro suo*, frutti della eredità; ed abbiamo divisato, rispetto a noi, in tale ipotesi dovere aver luogo una liquidazione fra chi eserciti il retratto e chi vi soggiaccia, per modo che costui non consegua simultaneamente i frutti della eredità e gli interessi del prezzo (*supra*, n. 408).

840 B. — Ci rimane ora ad investigare quali sieno gli effetti del retratto.

E cotesta ultima parte del nostro subbietto non è la meno procacida, nè la meno controvertita.

Non vi fu giammai dissentimento intorno alla vera natura del retratto.

Per contrario in ogni tempo, nell'antico come nell'odierno diritto, il principio all'obbietto venne generalmente accolto; ma in ogni tempo del pari, nell'antico come nell'odierno diritto, gravi dispareri hanno avuto luogo circa l'ampiezza di applicazione e le conseguenze del principio medesimo.

841. — E primamente, affermiamo, la verace natura del diritto di retratto essere s'nta sempre universalmente riconosciuta.

Di fatti è punto di dottrina tradizionale essere il retratto il diritto di assumere il posto ultimo e surrogarlo (*supra*, n. 8).

Non è desso l'annientamento nè la rescis-

sione, in veruna guisa, del contratto, il quale anzi viene mantenuto sotto tutti i rapporti.

Neppure è una vendita fatta dal primo al secondo compratore: no al certo! dappoichè la vendita è un contratto, ed ogni contratto abbisogna del consenso di ambe le parti (art. 1101 — 1055): or il consenso di chi soggiaccia al retratto non è qui menomamente necessario; e lo è tanto poco in quanto che per lo più il retratto si effettua ad oita di sua accerrima opposizione: dunque il retratto non è una rivendita nè una retrocessione fatta da chi soggiaccia al retratto a chi lo esercita.

Naque enim, inquit Dargontreo, retractus conventionalis est contractus, sed legalis translatio de persona in personam ejus, qui ante inter duos factus sit (De laudimio § 367.)

Fontmaur insegnava similmente che:

« L' esercizio di questo diritto non è una novella vendita, ma il trasferimento, in persona degli eredi attori per retratto, della compra fatta da un estraneo; ed il trasferimento medesimo deriva dalla legge municipale, a prescindere dalla volontà del compratore, per modo che, a suo riguardo, il retratto è forzato... » (n. 228).

E Pothier similmente insegnava:

« Quando siasi esercitato il retratto familiare di un predio, non sono due le vendite, ma una sola... » (*De' retratti*, n. 429).

Dunque il retratto consiste nella surrogazione di una persona ad un' altra, *de persona in personam*: dal che è derivata, del pari con sommo fondamento, la denominazione di surrogazione datagli spesso ancora oggidì.

Val dire che ogni suo effetto si riassume nell' occupare chi esercita il retratto il posto di chi vi soggiaccia nelle medesime condizioni del contratto concluso da costui.

Questo fu sempre e questo è tuttora il carattere generale del retratto; e, intorno a quest' premessa, nessuna divergenza sembra essersi mai appalesata.

842. — E questa la ragione per cui i nostri antichi autori dividevano unanimemente lo esercizio del diritto non dare adito a laudemio nè a diritto di centesimo denaro (confr. Dichiarazione del 20 marzo 170, art. 7; Tiriquello, § 29, gl. 1, n. 1 e sez.; Fontmaur, *loc. supra*; Pothier, *De' retratti*, n. 429, 442 e s.).

E ciò per lo stesso motivo, dappoichè il re-

tratto non produce trasferimento da chi soggiaccia al retratto a chi lo esercita, che ancora oggidì dà semplicemente luogo al diritto di liberazione su le somme rimborsate, o al diritto di obbligazione su quelle che si obbliga pagare chi esercita il retratto (confr. decis. del ministro delle fin. degli 8 ventoso ed 14 fiorile anno VIII; Guy-Coquille, su l' art. 26, del tit. *Del retratto familiare della cons. del Nivernese*; Championnière e Rigaud, *Des diritti di registrazione*, t. III, n. 2160; Gabriele Demante, *Esposiz. ragionata de' principii della registrazione* n. 717.)

843. — Ma, dopo aver fermato unanimemente cotesto generale principio intorno al carattere del retratto, i nostri antichi autori andarono in opposte sentenze circa l' ampiezza di applicazione, che il principio medesimo doveva ricevere, e circa le sue conseguenze.

Le stesse dissenzioni continuarono sempre a sussistere.

E noi scorgiamo ancora in ostile atteggiamento i due opposti sistemi fra cui i più chiari interpreti della scienza erano un tempo divisi come in due campi.

I propugnatori del primo sistema, attenendosi in modo assoluto a cotesta idea di surrogazione di chi esercita il retratto a chi vi soggiaccia, insegnano la persona di chi vi soggiaccia trovarsi compiutamente cancellata: sparire affatto come se non vi fosse stata una semplice dichiarazione di comprare per altrui, perinde habetur ac si non emisset; e conseguentemente chi lo esercita lo surroga attivamente, in omnibus et per omnia, come se fosse stato esso medesimo compratore sin dalla origine, ac si emisset a venditore.

E da tale radicale premessa i propugnatori di cotesto sistema desumono indistintamente tutte le conseguenze che può produrre, e, in altri termini, le seguenti conseguenze:

1° I diritti, le ipoteche, per esempio, e le servitù che chi soggiaccia al retratto avesse potuto costituire a pro di persona terzo sui beni compresi nella cessione, rimangono risolti;

2° La confusione, che avrebbe potuto inceppare momentaneamente i diritti di chi soggiaccia al retratto avverso la eredità, o i diritti della eredità avverso chi vi soggiaccia, viene rimossa;

3° Chi soggiaccia al retratto rimane compiutamente liberato dalle obbligazioni, cui poteva essere ancora sottoposto verso il cedente nel momento dell' esercizio del retratto.

to; e chi eserciti il retratto ne diviene solo personalmente debitore in sua vece; con l'obbligo semplicemente da parte di chi esercita il retratto di dar cauzione al cedente; ed ancora taluni un tempo dividevano competere al giudice lo esonerarlo, secondo i casi.

Cotesta dottrina era, nell'antica giurisprudenza, professata da Tiraquello (§ 1, gl. 48, n. 21) e de Grimaudet (VII, 40): essa venne insegnata altresì, nel nostro odierno diritto; anzi assai di recente ancora uno dei nostri onorevoli colleghi della Facoltà di Parigi, Labbé, se ne è appalesato abile e convinto propugnatore (*Rivista crit. di legislaz.*, 1853, pag. 444, 7 e seg.; agg. Zachariae, Massé e Vergé, t. IV, p. 336).

814. — Non pertanto riguardiamo, rispetto a noi, come molto migliore e più unisono alla verace natura de' retratti, il secondo sistema, quello propugnato un tempo da Moliaco e Pothier.

Cotesto sistema consiste nel sostenere essere il retratto una operazione unicamente fra chi esercita il retratto e chi vi soggiaccia; nella quale non figura il cedente; e la quale le è quindi per lui *res inter alios acta*.

Il notevole errore del primo sistema è il confondere qui le reclamazioni del cedente col cessionario, e le relazioni del cessionario con chi esercita il retratto; mentre questi due ordini di relazioni debbono sempre rimanere sommamente distinti.

Sì! indubitatamente, fra chi esercita il retratto e chi vi soggiaccia, la regola si è che l'uno trovasi, sotto ogni rapporto, surrogato all'altro; e noi medesimi accogliamo; entro questo limite, tutte le formule, da lungo tempo moltiplicate a dismisura per dimostrare chi soggiaccia al retratto doversi considerare non essere stato mai compratore, e chi lo eserciti doversi considerare esserlo stato sempre solo.

Dalle quali cose inferiamo parimente:

1° Che, anche quando l'art. 883 — 803 non vi apportasse ostacolo (la qual cosa avverrà allorquando quasi sempre), nessun diritto di servitù o ipoteca avrà potuto stabilirsi, da parte di chi soggiaccia al retratto, su' beni ereditari compresi nella cessione;

2° Che i diritti che chi soggiaccia al retratto potesse avere contro la eredità, o la eredità potesse vantare contro costui, risorgano da ambe le parti, come se nessuna confusione avesse avuto luogo (confr. Po-

thier, *De' retratti*, numero 430, 431 e seg.)

Sotto tutti questi rapporti, fra chi esercita il retratto e chi vi soggiaccia, e quante volte la posizione del cedente non ne rimarrà colpita, torna incontrastabile lo effetto del retratto consistere nel sostituire, nel surrogare assolutamente, in omnibus et per omnia chi esercita il retratto a chi vi soggiaccia come se costui fosse stato sempre estraneo al contratto ..., *ac si non emisset*!

815. — Ma avvien forse lo stesso quando trattasi delle relazioni del cedente verso il cessionario?

Noi crediamo.

Dunque suppongasi il cessionario essere ancor debitore del prezzo, in tutto o in parte, il prezzo consistere, sia in rendita perpetua, sia in rendita vitalizia.

È mai vero che, per effetto del retratto successorio, il cessionario si troverà liberato dalla sua obbligazione personale verso il coerede cedente, e che costui in avvenire avrà per debitore il solo coerede che eserciti il retratto?

I propugnatori della dottrina da noi oppugnata rispondono affermativamente; e noi non negheremo invocare, come insegnava Pothier, un argomento in apparenza plausibilissimo sotto la duplice veduta della logica e della equità:

Di fatti da un lato, se chi soggiaccia al retratto reputasi non essere stato mai compratore, come mai pretendere che rimanga debitore del prezzo della vendita?

D'altro lato, se non conserva alcuno dei diritti emergenti dal contratto, come mai rimanere sottoposto alle obbligazioni impostegli col contratto medesimo?

Tiraquello, pressochè indignato per questo divisamento, esclamava che se così avvenisse, il retratto diventerebbe il più inique stabilimento legislativo: *Alias autem hoc statutum esset omnium nequissimum!* (§ 4, gl. 48, n. 40).

Non pertanto avvisiamo cotesta dottrina non essere giuridica:

1° È noto che i compilatori del nostro Codice hanno per lo più desunto dalle opere di Pothier i suoi principi; e, nello ammettere la materia de' retratti, non averli molto preoccupati, è parimente il credere che fra due controvertiti sistemi, seguitati nel nostro antico diritto, quello appunto propugnato da Pothier avranno adottato in preferenza: *ut* precisamente il chiarissimo giureconsulto in-

segnava, secondo Molino (*Cons. di Parigi*, § 20, gl. 8, n. 8):

Che il venditore non è in obbligo, qualunque garanzia gli venga offerta, accettare che eserciti il retratto per debitore in vece del compratore (*De' retratti*, n. 300 e 427).

E tale sembrava essere il generale diritto delle consuetudini (*Confr. Basnago* su l' art. 442 della cons. di Normandia, tit. *De' retratti*).

2° Il testo dell' art. 841 dimostra, a parer nostro, tale essere stato altresì lo intendimento del nostro legislatore.

In vero quali sono le sole persone che, in conformità di questo articolo, lo esempio del retratto successorio pone in azione?

Sono chi esercita il retratto e chi vi soggiaccia!

E con essi? nessuno altro!

L' art. 841 è perfettamente silenzioso intorno al cedente.

Ed è manifesto, a norma del testo medesimo, tutto ciò seguire senza di lui, e non doversi menomamente concorrere!

Chi esercita il retratto si volge a chi vi soggiaccia per escluderlo, rimborsandogli il prezzo della cessione (*confr. pure* art. 4699 — 4545).

Ohhiattasi cotesta espressione dimostrare il legislatore nostro avere avuto in mira l'ipotesi in cui si sia pagato il prezzo dal cessionario al cedente; e non aver avuto riguardo alla ipotesi in cui, non essendosi pagato, il cessionario se ne trovi ancora debitore nel momento in cui si esercita il retratto?

Ma noi avvisiamo siffatta obiezione non affievolire menomamente l'argomento, a parer nostro, decisivo, da noi desunto dal testo medesimo della legge.

Di fatti quando l' art. 841 dichiara il coerede che esercita il retratto dover rimborsare il prezzo della cessione al cessionario che soggiace al retratto, non è questa una ipotesi particolare da esso contemplata; fa qualche cosa di più! proclama così virtualmente un principio generale di cui è desso medesimo una dimostrativa applicazione; e cotesto principio si è lo indennizzamento, mediante il quale può esercitarsi il retratto, doversi determinare unicamente fra chi esercita il retratto o chi vi soggiaccia.

Trovavasi forse pagato il prezzo?

Chi esercita il retratto debbe rimborsarlo a chi vi soggiaccia.

E se il prezzo sia ancor dovuto?

Per tal circostanza forse le cose mutano aspetto? non iscorgeremo noi più le stesse persone in azione? e converrà forse che esca chi soggiaccia al retratto per lasciare lo ingresso al cedente?

Sarebbe ciò, è forza confessarlo, assai strana cosa!

Quindi nulla di ciò è da ammettere; e se il prezzo non trovisi soddisfatto, tutto quello che ne risulta si è lo indennizzamento doversi procacciare in altra guisa da chi esercita il retratto a chi vi soggiaccia; ma cotesta liquidazione debbe sempre aver luogo fra chi esercita il retratto e chi vi soggiaccia: il solo modo d'indennizzamento è mutato: le persone rimangono sempre le stesse!

Vuolsi ancora una prova che in tutti i casi unicamente fra chi eserciti il retratto e chi vi soggiaccia debbe determinarsi lo indennizzamento?

Ebbene! suppongasì che il cessionario abbia dato in pagamento diritti ereditari, oggetti certi mobili o immobili, e la cessione costituisca quindi una specie di permuta!

Se fosse vero, come sostengono i propugnatori della dottrina da noi oppugnata, dovere il retratto sparire dal contratto come se non vi fosse giammai figurato, converrebbe restituire a lui! gli oggetti mobili o immobili, che avesse consegnati al cedente; e precisamente a costui chi soggiaccia al retratto dovrebbe pagare il valore estimativo degli oggetti medesimi.

Or le cose vanno ben altrimenti!

Il cedente conserva debitamente gli oggetti consegnatigli dal cessionario.

Ed appunto al cessionario che soggiace al retratto chi lo eserciti ne paga il valore estimativo.

Tutti ne convengono (*supra*, n. 415).

Ma a dir vero non è ciò forse convenire il cedente rimanere, sotto ogni rapporto, estraneo all'esercizio del retratto, e la posizione sua non poterne giammai ricevere la menoma offesa!

3° Il testo dell' art. 841, inteso quindi, come debbe esserlo, a parer nostro, è altronde sommamente unisono alla verace natura del diritto di retratto.

E Pothier perfettamente il dichiara nella seguente guisa:

« Non essendo il venditore garante del retratto, reputandosi il compratore averne assunto il rischio, il retratto non può attribuirsi al compratore avverso di cui venga eserci-

tata alcuna azione contro il venditore per astingerlo a liberarsi della sua obbligazione: dunque il venditore trovasi sottoposto alla regola generale, la quale non permette che il ereditore possa venire astretto, suo malgrado, a mutar debitore, sia qualunque la garanzia offertagli. » (*Loc. supra cit.*)

Ma, potrebbesi affermare, la restituzione del prezzo fatta dal venditore al compratore evinto non è un capo dell'azione di garanzia, dappoichè è dovuta eziandio in caso di stipulazione di non garanzia (art. 4629 — 4475): è dessa un'azione di ripetizione di pagamento fatto senza causa; e quindi il cedente non potrebbe sottrarsi, pel motivo non dover garanzia al cessionario avverso il retratto successorio.

La risposta, ed è dessa, a parer nostro, adeguata, è la seguente:

Precisamente la specie di evizione risultante dallo esercizio del retratto offre di particolare trar seco, per chi esercita il retratto, l'obbligo di rimborsare a chi soggiaccia al retratto il prezzo della cessione; e più generalmente indennizzarlo; talchè chi eserciti il retratto non può, se lice così esprimersi, esagionare il male se non arreando egli medesimo immediatamente il rimedio!

Dunque è sommanente consono alla logica che nessuna delle conseguenze della evizione ricada sul cedente, dappoichè il cessionario ha diritto di ottenere da chi lo evinca lo indennizzamento dovutogli.

E cotesta conclusione è pure unisona a' principi, i quali non permettono presumere la novazione e surrogare un debitore ad un altro, senza il consenso del creditore (art. 4273 e seg. — 4227).

I propugnatori della

4^a dottrina da noi oppugnata aberrano adunque quando, per surrogare chi esercita il retratto a chi vi soggiaccia, riguardo allo stesso cedente, esclamano tornare impossibile che chi soggiaccia al retratto, il quale perde i diritti risultanti dalla cessione, resti nondimeno gravato delle obbligazioni impostegli: egli no aberrano, diciamo: primamente, perchè effettivamente chi soggiaccia al retratto non rimarrà gravato di tali obbligazioni, almeno in modo eccessivo, essendo suo diritto, come dimostreremo, di venire perfettamente indennizzato (*infra*, n. 444), ed in secondo luogo, perchè tramutano gli effetti del retratto, e così profondamente li snaturano.

In conformità di cotesta dottrina, gli effetti del retratto sarebbero assoluti; mentre sono per contrario essenzialmente relativi.

Unicamente ed esclusivamente contro il cessionario viene rivolto il retratto! lui solo debbe colpire! e non mai il cedente debbe riceverne contraccolpo! dappoichè non debbe esser tenuto, verso il cessionario, a veruna specie di garanzia.

È questa la verace natura del retratto.

Aggiungeremo esservi un grave motivo di più oggidì per serbarla intatta relativamente a' due retratti ritenuti dal nostro Codice, cioè il retratto di diritti litigiosi ed il retratto successorio; dappoichè, precisamente riguardo ad essi, puossi affermare essere rivolti contro il cessionario! appunto il cessionario, esso solo le leggi han voluto colpire, permettendo al debitor ceduto o al coerede surrogarlo ed assumerne il posto! (confr. decisione C. di Bordò, 24 luglio 4850, Dumora, D., 4855, II, 214, arresto C. cass. 7 gennaio 4857, Chauvelot, Dev., 4857, I, 369; decisione C. di Lione 6 maggio 4858, stesse parti, arresto C. cass. 9 marzo 1859, stesse parti, *Gazzetta de' tribunali* del 40 marzo 1859: Dissertazione di Brives — Cazes, *Rivista di legisl.* di Wolowski, 4851, t. I, n. 69 e seg.; Aubry e Rau i quali, dopo avere adottata la prima soluzione, insegnano ora questa, sopra Zachariae, t. III, p. 328; D., *Rac. alfab.* v. Success., 2000).

846. — Dunque il cessionario che soggiaccia a retratto rimane sempre debitore personale ed unico debitore del cedente.

Ma abbiamo affermato altresì essere uopo che eserciti il retratto lo indennizzarlo pienamente sotto questo come sotto tutti gli altri rapporti.

E dobbiamo determinare in che debba consistere tale indennizzamento, quando l'obbligazione contratta dal cessionario verso il cedente sia a termine non ancora giunto.

Due varie soluzioni vennero un tempo suggerite su tal punto, in questi ultimi tempi da noi scorte rimesse in campo:

4^a A norma della prima soluzione chi esercita il retratto non dovrebbe godere del beneficio del termine; e dovrebbe immediatamente pagare il prezzo, se non a chi soggiaccia al retratto, almeno al cedente, in nome e liberazione del cessionario (arg. dall'art. 4256 — 4189.)

E per qual ragione non godrebbe del beneficio del termine?

La ragione si è dovere compiutamente indennizzare chi soggiaccia al retratto: or chi soggiaccia al retratto non verrebbe compiutamente indennizzato, se rimanesse obbligato verso il cedente, anche quando chi esercita il retratto gli offrisse cauzione: dunque costui debbe procacciargli l'attuale sua liberazione.

Nondimeno è da eccezionare il caso in cui chi esercita il retratto si trovasse nella impossibilità di farlo, sia perchè il termine venne stipulato a pro del cedente, sia perchè il prezzo consistesse in vendita vitalizia.

Cotesta soluzione fu sancita un tempo dalle consuetudini di Troyes (art. 461) e di Reims (art. 225); o Pothier divideva esser tale altresì lo spirito delle consuetudini di Parigi (art. 437) e di Orleans (art. 390): dalle quali cose inferiva siffatta dottrina doversi seguitare nel perimetro giurisdizionale delle consuetudini, che ne erano silenziose (*De' retratti*, n. 301, 302 e 303).

Il nostro onorevole collega Deraux la propugnò recentemente ancora avanti alla Corte di cassazione (*vid. Dev.*, 1857, I, 372, 373).

Per contrario la seconda soluzione consiste nel sostenere doverlo chi esercita il retratto godere de' termini conceduti a chi vi soggiaccia.

Chi esercita il retratto assume il posto di chi vi soggiaccia, nè più nè meno; e come ne sopportò tutti i pesi, così debbe goderne tutti i vantaggi; segnatamente non potrebbe rimaner obbligato in modo più grave di chi soggiaccia al retratto, al quale viene surrogato;

Or chi esercita il retratto troverebbesi obbligato in modo più rigoroso di chi vi soggiaccia, se dovesse attualmente ciò che debbe a termine chi vi soggiaccia; . . . *plus debetur tempore* (*lost. De action.*, § 33);

Dunque debbe godere, al pari di lui, del beneficio de' termini conceduti dal cedente.

Così ragionava Molino (§ 20, gl. 8. n.º 5); e tale era la soluzione ammessa da alcune consuetudini (confr. cons. di Melun, art. 455; di Auxerre, art. 175; di Sens, art. 53).

Rispetto a noi avvisiamo cotesta seconda soluzione essere la più unisona a' veri principl.

Indarno obietterebbe l'art. 844 — 760, in tutti i casi, astringere chi esercita il retratto a rimborsare immediatamente il prezzo della cessione.

Di fatti è manifesto cotesto articolo, per la

ragione stessa che astringe chi esercita il retratto a rimborsare il prezzo, supporre il prezzo medesimo essersi già pagato, sborsato dal cessionario.

845. — Ma, si dirà, il cessionario che soggiaccia al retratto, rimasto debitore personale del cedente, trovasi dunque esposto al rischio d'insolubilità di chi esercita il retratto, nello intervallo dall'esercizio del retratto alla scadenza de' termini in cui dovrà farsi il pagamento al cedente, ovvero durante tutta la vita di costui, qualora il prezzo della cessione consistesse in una vendita vitalizia!

Al certo cotesta obiezione sarebbe sommaramente grave, se fosse ben fondata; dappoichè, mentre sostenevamo il cessionario soggiaciuto a retratto rimanere debitore personale del cedente, conviene che sosteniamo del pari dover essero, in tutti i casi, indennizzato e perfettamente garantiti: è questo lo indispensabile correttivo ed il necessario contrappeso della dottrina da noi propugnata.

Laonde era effettivamente per la nostra dottrina decisione sommarmente debilitante quella della Corte di Digione chi eserciti il retratto avere lo assoluto diritto di godere de' termini conceduti a chi vi soggiaccia con l'atto di cessione, senza esser tenuto dargli cauzione nè altra garanzia:

« Atteso che Lasseux (chi esercitava il retratto) non va sottoposto a condizione diversa da quella cui lo stesso Georgeot (chi soggiaceva al retratto) trovasi soggetto, e che, anche quando fosse insolubile, neppure gli si potrebbe negare lo esercizio di un diritto dalla legge attribuito al suo titolo di erede . . . » (*Decis.* 6 dic. 1854, Chauvelot, *Dev.*, 1857, I, 372).

Ma siffatta dottrina tornerebbe manifestamente iniqua ed inoltre trasgrediverebbe lo essenziale principio in materia di retratto chi vi soggiaccia dover sempre venire compiutamente indennizzato.

È questo il motivo per cui taluni un tempo negavano a chi esercitava il retratto il beneficio del termine, non ostante la cauzione offerta a chi vi soggiaceva per goderne (*supra*, n. 444).

Ma tornerebbe veramente impossibile concedergli il beneficio del termine senza alcuna garanzia nello interesse di chi soggiaccia al retratto; e precisamente per concedergli il beneficio medesimo sostenevasi: « . . . il compratore non potersi dolere del rimanere

obbligato durante il corso del termine, *dappoichè provvedesi al suo indennizzamento con buona e valida cauzione detagli.* » (Conf. Pothier, *De retratti*, n. 304).

Data idonea cauzione di solvente intermedio, affermava pure Molinco (§ 20, glos. 8, n. 7).

Dunque con sommo fondamento, a parer nostro, la Corte di cassazione cassò la su riferita decisione della Corte di Digione (arresto 7 gennaio 1857, Chauvelot, Dev., 1857, I, 369; agg. decis. C. di Lione 6 mag. 1858, stesse parti; arresto C. cass. 9 marzo 1859, stesse parti, *Gazzetta de' Tribunali* del 10 marzo 1859).

846. — Se lo effetto del retratto successorio trovasi limitato e circoscritto fra chi esercita il retratto e chi vi soggiaccia, almeno tale effetto è fra essi compiuto nel senso che esercita il retratto trovarsi, sotto tutti i punti, surrogato a chi vi soggiaccia.

E noi stessi affermcremo che, entro questo limite, in *cum transfunditur et transferatur contractus... in omnibus et per omnia... ac si emisset a venditore* (Molinco, loc. *supra*).

Dunque tutti i pesi ricadono sopra di lui!

E viceversa tutti i vantaggi compiono parimente a lui!

Laonde torna indubitato di fatti a lui competere i vantaggi conseguiti nello intervallo dalla cessione allo esercizio del retratto, come la estinzione della rendita vitalizia formante il prezzo della cessione (*supra*, n. 414), o lo scoprimento della revocazione, ignota nel momento della cessione, di un testamento che dapprima credevasi obbligatorio (conf. decis. C. di Amiens 43 marzo 1806, Roussel, Dev. e Car., *collez. nuova*, 2, II, 122; arresto C. cass. 1 dic. 1806, stesse parti, Sirey, 1806, II, 948; Chabot, art. 841, n. 24, Toullier, t. II, n. 454; Dutruc, n. 522; Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 328).

847. — Chi esercita il retratto, divenuto proprietario per effetto del retratto, può ad evidenza esercitare tutti i diritti conferiti dalla proprietà; e conseguentemente nulla impedisce che egli alieni i diritti ereditari da lui acquistati con l'esercizio del retratto; talchè esso medesimo può dar luogo allo esercizio di un novello retratto successorio, se li ceda a persona non successibile.

Cotesto risultamento può sembrare strano; anzi potrebbesi affermare il legislatore, quando permetta a coeredi esercitare il retratto

successorio, non aver volto il pensiero alla rivendita de' diritti ereditari riscattati dal cessionario, ed alla circostanza esercitare così un vero traffico, comprando forse per rivendere a maggior prezzo!

Ma, nel silenzio della legge, torna incontrastabile cotesto diritto appartenere loro (arg. dagli art. 537 e 545 — 462 e 469; conf. decis. C. di Bastia 23 marzo 1835, Limazola, D., 1835, II, 58; e *supra*, n. 422).

E quindi un tempo lo stesso erede che esercitasse il retratto familiare poteva vendere l'eredità cui riguardava il retratto medesimo: da ciò surge la massima seguente:

Eredità riacquistata in re retratto, rivenduta, va sottoposta a retratto (Loyel, *Inst. cons.*, lib. III, tit. V, regola 33, ediz. Dupin e Laboulaye).

SEZIONE II.

De'le collazioni.

ESPOSIZIONE GENERALE

SOMMARIO

848. — Esposizione.

849. — Del significato del vocabolo collazione, ed a quali fatti si applica la teoria delle collazioni.

850. — Il Codice Napoleone costituisce, intorno alla materia delle collazioni, una legge speciale e compiuta. — Conseguenza.

851. — Lo stabilimento delle collazioni ebbe sempre per scopo la eguaglianza fra gli eredi; ma, nelle sue applicazioni, offre lo spettacolo di molte vicissitudini e varietà.

852. — A. Delle collazioni per diritto romano.

853. — Continuazione.

854. — B. Delle collazioni nel nostro antico diritto francese.

855. — Continuazione.

856. — Continuazione. — È uopo non confondere le due regole assai distinte su cui poggiava un tempo la suddetta materia, cioè la regola della collazione e la regola della incompatibilità delle qualità di erede e legatario.

857. — Della regola della collazione propriamente detta.

858. — Della regola della incompatibilità delle qualità di erede e legatario.

859. — Continuazione.

860. — Continuazione. — Il successibile donatario potè forse venire esonerato dalla collazione con clausola di anteparte?

861. — C. Delle collazioni sotto l'impero della legislazione intermedia.

862. — Idea generale del novello sistema fermato dal Codice Napoleone nella suddetta materia.

863. — Continuazione.

864. — Continuazione. — Qual è la ragione di avere il Codice applicato l'obbligo della collazione a' legatari come alle donazioni tra vivi?

865. — Continuazione. — Italia: conseguenze di tale assimilamento della donazioni tra vivi e de' legati in materia di collazione.

866. — Continuazione.

867. — Continuazione.

868. — Della differenza fra la collazione e la riduzione delle donazioni tra vivi o de' legati.

869. — Divisione generale.

848. — Uno degli eredi ha ricevuto dal defunto una donazione tra vivi;

O il defunto gli ha fatto un legato per testamento;

Oppure uno degli eredi trovasi debitore, sia verso il defunto, sia verso la eredità.

Son questi i fatti di cui dobbiamo qui determinare le giuridiche conseguenze.

L'erede donatario potrà forse conservare l'oggetto donatogli, sia che accetti, sia che rinunci? ovvero dovrà conferirlo nella massa?

L'erede legatario potrà forse, sia che accetti, sia che rinunci, dimandare il legato?

Finalmente in qual modo si dovrà liquidare il debito, di cui uno de' coeredi è tenuto verso il defunto o verso la eredità?

Tutto ciò dovremo esaminare in questa sezione: *Delle collazioni*.

849. — Dunque possiamo affermare la teoria della collazione, attribuendo a questo vocabolo una significazione amplissima, comprendere i tre fatti da noi indicati:

Le donazioni;

I legati;

I debiti;

È ben vero in questa speciale sezione intitolata: *Delle collazioni* avere il legislatore trattato unicamente delle donazioni e de' legati (art. 843 ad 869 — 762 e 788).

Ma, come è noto, nella precedente sezione dichiarò che:

« Ciascuno de' coeredi a norma delle regole che saranno stabilito in appresso, conferisce nella massa tutto ciò che gli è stato donato, e le somme di cui è debitore. » (Art. 830 — 749).

Quindi gli autori del nostro antico diritto consuetudinario qualificarono collazione il rimborso alla eredità de' debiti, di cui uno de' coeredi può trovarsi tenuto, sia verso il defunto, sia verso la stessa eredità, e ne desumevano conseguenze, per effetto di cui talune delle regole della collazione delle donazioni e de' legati divenivano applicabili alla collazione de' debiti: ravviseremo avere il Codice ritenuto siffatte tradizioni.

Non pertanto ciò che è uopo ammettere si

è che, in una più stretta significazione, la quale è la sua etimologica e vera significazione, il vocabolo *collazione* può esattamente applicarsi alle cose donate tra vivi, le sole di fatti le quali, tolte dal patrimonio del defunto, sieno suscettive di *conferirsi*.

Laonde assai imperfettamente cotesto vocabolo viene applicato a' legati.

Siffatta differenza non istà semplicemente nelle parole: anzi! le differenze sono eziandio relativamente ai risultati, sommamente considerevoli e molteplici! (*infra*, n. 302 e seg., e n. 452 e seg.)

850. — La collazione intimamente annodasi alla divisione, di cui è una incidente ed una preparatoria operazione, dappoichè ha per obbietto la formazione della massa divisibile, in cui trattasi riporre, *conferire*, effettivamente o fittiziamente, taluni oggetti che ne uscirono, e che debbono tornarci, per andar compresi nella divisione.

Se gli autori del nostro Codice segregarono cotesta materia delle collazioni della sezione I, la quale determina le operazioni relative alla formazione della massa per trattarne in una particolare sezione, la ragione si è esser dessa di somma importanza, ed aver dovuto essere uopo formarne specialmente e compiutamente le regole (ved. il tomo III, n. 664).

Laonde è uopo considerare le disposizioni del nostro Codice come costituenti di fatti, su questa materia, uno speciale e compiuto sistema di legislazione, il quale debbe solo in avvenire servir di base alle decisioni del magistrato; e conseguentemente non sarebbe lecito oggidì applicare regole del diritto antico non ritenute dal Codice, tranne quando quelle antiche regole venissero invocate semplicemente come mezzi d'interpretazione delle regole novelle su que' punti in cui queste le avessero esse medesime serbate (confr. arresto C. cass. 31 mag. 1818, Chassériau, Siroy, 1818, I, 213; e la decis. cassata C. di Parigi 26 dic. 1815, stesso parti, Siroy, 1816, II, 41.)

851. — Lo scopo della collazione si è la eguaglianza fra gli eredi: quella eguaglianza, come ben si comprende, riguardante la loro ereditaria chiamata e la proporzionale ripartizione della eredità, tal quale venne fatta dallo stesso legislatore fra loro.

Sotto questo punto di veduta, e volendo aver riguardo al generale pensiero che lo ispirò, pensiero di equità, di eguaglianza, lo

stabilimento della collazione conservò sempre, sin dalla origine, a traverso i secoli, lo stesso carattere; e la seguente affermazione di Ulpiano non cessò mai di esser veridica: *Hic titulus manifestam habet acquitatem* (L. 4 princ. ff., *De collat.*).

Ma per contrario, ne' suoi sviluppiamenti e nelle sue applicazioni, non rinviensi in tutto il diritto privato alcun altro stabilimento forse, la cui storia offra lo spettacolo di maggiori vicissitudini e varietà della materia delle collazioni.

Sia per diritto romano;

Sia per antico diritto francese;

Sia per legislazione intermedia.

852. — A. La origine delle collazioni risale al diritto romano.

Quando il pretore, mercè il possesso di beni *contra tabulas* ovvero *unde liberi*, ammise i figli emancipati a succedere congiuntamente co' figliuoli sottoposti alla potestà del padre di famiglia, comprese che la logica e la equità richiedessero, *consequens esse credit*, che imponesse loro la condizione di confermare nella massa ereditaria i beni che avevano acquistato dopo la emancipazione, ed i quali avrebbero accresciuto il comune patrimonio, se la emancipazione non avesse avuto luogo; dappoichè i figliuoli rimasti sotto alla patria potestà avevano aumentato il patrimonio medesimo mercè i loro acquisti; ed i figliuoli emancipati non potevano partecipare a' beni acquistati da' figli rimasti soggetti alla patria potestà, senza porre in comune i beni da essi medesimi acquistati! la pretoria equità, la quale non perverteva che la emancipazione arrecasse loro nocimento, neppure poteva permettere che giovasse loro in detrimento de' fratelli o sorelle! (L. 4, ff. *De collat.*.)

Ma era questa una mera conseguenza dello eccezionale ordinamento della famiglia e della patria potestà appo i Romani; ed addirebbe impossibile scorgervi ancora l'odierna idea della nostra collazione nella eredità: ciò che facevano i figliuoli emancipati era un conferimento, come di fatti affermarono i Romani, e non una collazione; dappoichè i beni da essi acquistati dopo la loro emancipazione non erano usciti, non erano stati tolti dal comune patrimonio, e quindi non potevano tornarci, porvisi in collazione.

Solo posteriormente, nelle imperiali Costituzioni, scorgesi per la prima volta apparir la idea della vera collazione, quando spa-

risce, per effetto del tempo e de' costumi, la distinzione fra figliuoli emancipati ed i figliuoli non emancipati.

Quindi primamente tutti i figliuoli chiamati alla successione intestata sono in obbligo di porre in collazione ciò che abbiano ricevuto dal comune autore a titolo di dote o donazione *ante nuptias* (L. 47 Cod. *De collat.*), e ben presto l'obbligo medesimo viene esteso a tutte le donazioni: *et simplicem donationem* (L. 20, § 4, cod.)

Anzi Giustiniano da ultimo generaleggiò l'obbligo della collazione per guisa da sottoporvi indistintamente tutti i figliuoli, sia che succedessero intestati, come eredi legittimi, sia che succedessero per testamento, come eredi instituiti, eccetto quando il loro autore ne gli avesse espressamente esonerati: *expressim*.

E l'imperatore non volle che si rinvenisse cotosta distinzione nel solo silenzio del testatore, il quale, dopo aver fatto una donazione tra vivi ad uno de' figliuoli, lo istituiva dappoi col suo testamento, serbando silenzio intorno alla donazione; dappoichè tal silenzio può essere il risultamento di dimenticanza o delle preoccupazioni e de' terrori della morte: *Quoniam incertum est, ne forsam oblitus datorum, aut prae tumultu mortis angustatus, huius non est memoratus* (Nov. 48, cap. VI.)

853. — Osserviamo parimente che per diritto romano:

1° L'obbligo della collazione aveva luogo nelle eredità deferite a' figli o discendenti del defunto, *inter fratres* L. 42 Cod. *comm. utriusque judic.*;

2° Eziandio tra' figliuoli unicamente applicavasi alle donazioni tra vivi e non a' legati, i quali venivano sempre, sia nelle eredità testamentarie, sia nelle eredità intestate, riguardanti fatti per antiparte, *ex voluntate defuncti* L. 39, § 1, ff. *Famil. ercisc.*; L. 4, § 49, ff. *De collat.*; L. 10, e 46, Cod. *De dot. collat.*.)

3° Finalmente, eziandio circa la donazione tra vivi, cessava parimente in tutti i casi, quando il figliuolo donatario rinunziasse alla eredità, . . . *si avi successorem respueris* (L. 25, Cod. *Famil. ercisc.*; L. 9, Cod. *De dot. collat.*.)

854. — B. Un tempo in Francia le province di diritto scritto osservavano in generale i principi della romana legislazione nel suo ultimo stato, come esponemmo (conf.

Merlin, *Rep.*, *Collazione nella eredità*, § 4, n. 2, e § 11, art. 4, n. 1).

855. — Rispetto alle province consuetudinarie, il diritto osservato, offriva somme varietà.

« Le nostre consuetudini, affermava Lebrun, sono opposte le une alle altre intorno alla subbietta materia. »

E dopo avere esposto undici generi di diverse consuetudini, non senza perderne il filo, secondo la sua espressione, fermavasi scoraggiato sclamando:

« Non giugnerebbero mai al termine, se si volessero riferire tutte le disposizioni delle consuetudini intorno a cotesto subbietto! » (Lib. III, cap. VII, n. 3 — 17).

Molto meno dobbiamo oggi imprendere tale esposizione, che turnerebbe assai malagevole rendere esatta e compiuta, e la cui importanza non compenserebbe quasi la lunghezza nè forse la inevitabile oscurità.

Non pertanto è contemporaneamente essenziale riferire almeno quelle disposizioni più importanti e generalmente osservate, le quali potevano considerarsi costituite, nella subbietta materia, salvo talune eccezioni, il diritto comune de' paesi consuetudinari.

856. — Ed innanzi tratto dobbiamo riferire la capital distinzione fra le due regole su cui anticamente poggiava tutta la subbietta materia, cioè:

La regola della collazione;

E la regola della incompatibilità dello qualità di erede e di legatario.

Queste due regole erano sommamente distinte; ed è forza non confonderle.

La prima, che le nostre antiche consuetudini desunsero dal diritto romano, riguardava le donazioni tra vivi;

Mentre la seconda, di origine nazionale ed essenzialmente consuetudinaria, riguardava i legati.

857. — La legge di collazione applicavasi in generale in linea retta discendente.

Ovvero, in altri termini, l'obbligo della collazione propriamente detta trovavasi imposto a' discendenti, i quali erano tenuti conferire nella massa le donazioni tra vivi, e i quali altronde neppure potevano dimandare i legati loro fatti dal comune autore (Cons. di Parigi, art. 303, 304).

I nostri maggiori divisarono che la eguaglianza, costituente la base della collazione, era effettivamente essenziale serbare soltanto fra' figliuoli.

E conseguentemente non ne avevano imposto l'obbligo in linea collaterale (Cons. di Parigi, art. 301); eccetto nondimeno talune consuetudini, le quali non permettevano attribuire verun vantaggio ad uno degli eredi (confr. Pothier, *Delle success.*, cap. IV, art. 3, § 4 e 3; Lebrun, lib. III, cap. VII, n. 5 ed 11; Loysel, *Inst. cons.*, lib. II, tit. IV, regola 121, ediz. Dupin e Laboulaye).

Rispetto agli ascendenti chiamati alla successione de' loro figliuoli, comunque convertita la quistione fra' nostri antichi giureconsulti e le opinioni sembrassero unanimi, nondimeno divisavasi più generalmente non andare sottoposti alla legge della collazione: « per la ragione, affermava Lebrun, esser la eredità loro men dovuta; avvegnacechè, meno è dovuta la eredità, meno debbesi osservare la eguaglianza. » (Lib. III, cap. VI, Sez. 2, n. 22 e seg.; confr. Loysel, *loc. supra cit.*; Poquet de Livonnière, *Reg. del diritto fr.*, lib. III, cap. 4, art. 40, Ferrière su l'art. 301 della cons. di Parigi.)

858. — La legge d'incompatibilità delle qualità di erede e legatario era per contrario applicabile in tutte le linee ed a tutti gli eredi indistintamente, discendenti, ascendenti e collaterali.

« Nessuno può essere simultaneamente erede e legatario di un defunto » dichiarava l'art. 300 della Consuetudine di Parigi (ved. pure Cons. di Orleans, art. 288).

Val dire che di fatti nessuno erede poteva dimandare contemporaneamente la quota ereditaria attribuitagli dalla legge ed il legato fattogli dal defunto.

Quale era in origine di questa regola? e quale erano il fondamento?

È questa una quistione cui non è agevole rispondere con molta precisione e certezza.

Ferrière ne adduce per motivo « il titolo universale di erede osta a quello di legatario, dappoichè diversamente il legatario sarebbe creditore di sè stesso; val dire sarebbe nel tempo stesso creditore e debitore; » o ben si comprende che, su base sinigliante, Ferrière dovesse aggiugnere, come faceva, cotesta disposizione nelle consuetudini che erano silenziose (su l'art. 300 della Cons. di Parigi.)

Ma è manifesto non essere ben fondata la ragione addotta da Ferrière; e Pothier per contrario benissimo dimostra cotesta regola non essere fondata su veruna naturale incompatibilità fra le qualità di erede e di legatario; se la incompatibilità medesima sussiste

ste per la porzione che il legatario è chiamato simultaneamente a conseguire come erede, non sussiste menomamente per le porzioni che i suoi coeredi debbono raccogliere: *legati a semetipso non potest; a coh-erede potest* (Delle success., cap. IV, art. 3, § 2).

A credere di Lebrun, la regola della incompatibilità delle qualità di erede e legatario venne fermata per conservare i beni proprii in ciascuna delle linee, cui spettavano:

« Quindi, egli dice, l'erede de' beni proprii non dovendo procedere a collazione con l'erede materno, siccome si è stimato nondimeno opportuno di non confondere i beni proprii delle due linee, così non si è voluto che uno di essi potesse essere erede de' beni proprii della sua linea e legatario di quelli dell'altra linea. Se avesse potuto essere donatario tra vivi, e la collazione non gli fosse imposta all'uopo, non essendo la eguaglianza cotanto essenziale fra collaterali, siccome è giusto neltronde destinare i beni proprii alla loro linea, essendo questa una legge importante in una consuetudine, e tali prelegati, i quali si farebbero molto più comunemente delle donazioni tra vivi, assentirebbero pienamente questa dest. nozione de' beni proprii alla loro linea, così in mancanza delle ragioni e de' motivi della collazione, si è ricorso alla incompatibilità delle qualità di legatario ed erede... » (Lih. III, cap. VIII. n. 4.)

Torna importante siffatto chiarimento; non è forse sufficiente per giustificare la regola della incompatibilità delle qualità di erede e legatario con la generalità che sembra avere goduto un tempo? lico dubitarne: quindi lo stesso Lebrun soggiunge che, relativamente alla destinazione de' beni proprii alla loro linea, vi si era abbastanza provveduto con le riserve consuetudinarie; e tal era di fatti dovunque il contrafforte di quello antico stabilimento consuetudinario.

Pothier non avvisa, come Lebrun, che la regola della incompatibilità delle qualità di erede e legatario sia estranea alle ragioni ed ai motivi della collazione; e per contrario la poggia su la stessa ragione, attribuendole per origine e motivo: la inclinazione del diritto francese a conservare la eguaglianza fra gli eredi, come mezzo di conservare la pace e concordia nelle famiglie, ed eliminarne le gelosie cui darebbero luogo i vantaggi che si facevano ad uso degli eredi in detrimento degli altri.

Egli aggiugne semplicemente che se nondimeno le consuetudini non richieggono una

eguaglianza così perfetta fra' collaterali come tra' figliuoli; dappoichè astringano i figliuoli a conferire nella massa comune non solo ciò che sarebbersi legati a qualcuno di essi, ma eziandio ciò che gli si fosse donato tra vivi; mentre astringono gli eredi collaterali a lasciare alla massa comune ciò che venne legato a qualcuno di essi, contentandosi che vi sia eguaglianza fra essi ne' beni della eredità, che debbono dividere, e non avendo riguardo a quelli i quali, essendosi donati tra vivi, non formano più parte della eredità stessa ». (Cap. IV, art. 3, § 2).

Val dire che i nostri maggiori ereditero la preferenza, risultando dal prelegato, poter riuscire più lesiva e quindi promuovere maggiori gelosie che quella emergente da donazione tra vivi.

La donazione tra vivi è anteriore; ed è cosa passata! quasi sempre altronde mosse da cause particolari e personali a donatarii, i quali possono, se non giustificarla siffatto, almeno spessissimo spregarla.

Ma per contrario il legato aggrava la preferenza e la ineguaglianza nella stessa eredità, ed in generale non è motivato da circostanze simili a quelle che spesso determinano la donazione, come, per esempio, il collocare in matrimonio.

E per tal guisa il nostro antico diritto consuetudinario, dichiarando che gli eredi collaterali non erano tenuti conferire nella eredità le donazioni tra vivi ricevute da essi dal defunto, dichiarava simultaneamente non potere dimandare, oltre la loro porzione ereditaria i legati che il defunto aveva fatti loro.

Cotesta spiegazione della regola della incompatibilità delle qualità di erede e legatario ci sembra la più verosimile.

Altronde essa rinviensi pure confermata da Bourjon, il quale scrisse precisamente la eguaglianza, che le consuetudini vollero serbare fra gli eredi, aver renduto fra essi incompatibili le qualità di erede e legatario (Diritto comm. della Francia II. part. Delle success., cap. IV, sez. I, n. 2).

Si è suggerito ancora di affermare cotesta regola annodarsi al sistema del condominio di famiglia, condominium, e conseguentemente attribuirle per fondamento il principio uno de' condomini non potere divenire dovizioso in detrimento altrui (confr. Zacharine, Aubry e Rau, t. V, p. 298 e 303.)

Ma abbiamo già dichiarato che, a parer nostro, cotesto germanico sistema del condo-

minio familiare non potrebbe servire a spiegar le nostre origini francesi: e ci pare qui in particolare che la regola affatto consuetudinaria della incompatibilità delle qualità di erede e legatario potrebbe annodarsi a tale idea di condominio, mercè di quella idea di eguaglianza, la quale è, a creder nostro, la vera sua causa.

859. — Lo indubitato si è la regola della collazione applicarsi nelle successioni intestate, e non essersi mai estesa alle successioni testamentarie (confr. *supra*, n. 433; Bourjon, *Diritto comm. della Francia*, tit. XVII, cap. VI, sez. I, n. 1; Lebrun, lib. III, cap. VI, sez. I, n. 20).

860. — Ma il disponente poteva forse modificare tal regola per sua volontà? ovvero, in altri termini l'erede donatario tra vivi poteva forse venire esonerato dalla collazione, mercè clausola di anteparte?

Distinguevansi all'obbietto tre principali classi di consuetudini:

1° La prima classe era quella delle consuetudini di *perfetta eguaglianza*, in cui la esenzione dalla collazione non era mai permessa, eziandio riguardo agli eredi rinunzianti.

Tali consuetudini, le più unisone, fra tutte le altre, all'indole del nostro antico diritto nazionale, il quale richiedeva di fatti la più perfetta eguaglianza tra' figliuoli, formarono nel principio la regola comune: quindi Pothier affermava, relativamente a quelle ancora vigenti al tempo suo, avere esse meglio serbato lo spirito del nostro antico diritto francese su tal punto (*Delle success.*, cap. IV, art. 3, § 2). Non pertanto negli ultimi ne rimasero pochissime (Cons. di Angiò, art. 260 e 334; di Maine, art. 346; di Touraine, art. 309; di Dunois, art. 64; di Lodunois, cap. XXIX, art. 12);

2° La seconda classe comprendeva le consuetudini di *semplice eguaglianza*, secondo cui l'erede donatario non poteva esimersi dalla collazione, se accettasse la eredità, ma che gli permettevano esimersene con la rinunzia.

Esse erano in maggior numero; e puossi affermare costituire, nell'ultimo stato del diritto, la regola comune de' paesi consuetudinari: precisamente a questa seconda classe segnatamente appartenevano le consuetudini di Parigi e di Orleans (art. 303, 304; Pothier, *Delle success.* loc. *supra*, art. II, § 1).

Consuetudini di eguaglianza in divisione,

ovvero consuetudini di *scelta*, viene affermato da Coin-Delisle, dappoichè di fatti l'erede donatario doveva prescegliere l'accettazione, che lo stringeva a conferire la donazione fattagli dal defunto, o la rinunzia che gli permetteva conservarla (*Limite del diritto di ritenzione*, ec., n. 22);

3° Finalmente la terza classe era quella delle consuetudini di *anteparte* le quali ammettevano la esenzione dalla collazione, eziandio riguardo agli eredi richiamati alla eredità: esse erano poche (Cons. del Nivernese, cap. XXVII, art. II; di Burrey, tit. XIX, art. 42, del Borbone, art. 368.)

Vi eran pure talune consuetudini; ma affatto eccezionali, le quali osteggiavano assolutamente la collazione, eziandio nel caso in cui le donazioni si fossero fatte espressamente per anticipazione di eredità (Cons. di Artois, art. 48; governo di Douai, art. 48; di Valenciennes, art. 107).

Merlin ne ha formato una quarta classe; e comunque Coin-Delisle abbia diviso non *valer* cioè la pena (loc. *supra*, n. 21), pure il vero si è le consuetudini stesse essere diverse dalle così dette consuetudini di anteparte (confr. Pothier, loc. *supra* cit; Guy-Coquille, cons. del Nivernese, cap. XXVII, art. 7; Merlin, *Rep.*, v. *Collazione*, § 1; C. Duverdy, *Rivista storica di Diritto franc. e straniero*, t. II, p. 44 e seg.)

861. — C. — Non è da meravigliare se la nostra rivoluzionaria legislazione ritenne sin dapprima, generaleggiandolo, il sistema delle consuetudini di *perfetta eguaglianza*.

In vero fu questo il sistema stabilito dalla legge del 17 nevoso annul co'suoi art. 9 e 16.

Non pertanto cotesto sistema non tardò a venire abrogato nel corso medesimo di questo periodo intermedio dalla legge del 4 germile anno VIII, la quale ritenne per contrario il sistema delle consuetudini di anteparte, statuendo col suo art. 5, che:

» Le liberalità permesse dalla presente legge potranno farsi a pro de' figliuoli o altri successibili del disponente, senza andar sottoposti a collazione.»

Qual era la vera significazione delle espressioni: *senza andar sottoposti a collazione*?

Ne emergeva forse una esenzione legale; talebè gli eredi donatarii andavano sottoposti all'obbligo della collazione sol quando il disponente stesso l'avesse loro imposta?

Ovvero per contrario la legge limitavasi semplicemente a permettere al disponente lo

esimere dall'obbligo della collazione il successibile donatario; per modo che il successibile vi era legalmente sottoposto, se non ne fosse stato esonerato dal defunto?

Tal quistione è stata sommamente controversita.

A norma di una opinione, sancita dalla Corte di Riom con decisione del 21 giugno 1809, quelle espressioni della legge del 4 germile annu VIII dovevano intendersi nel senso di una esenzione legale dalla collazione, ed è questo pure il sentimento appalesato da Taulier, t. III, p. 309.)

Non pertanto si è più generalmente diviso, con sommo fondamento, a parer nostro, che la stessa legge dell'anno VIII non istabiliva di pieno diritto la esenzione dalla collazione: l'art. 5 di quella legge dichiarava di fatti semplicemente che le liberalità permessa potranno farsi a' figliuoli ed altri successibili, *senza andar sottoposti a collazione*; val dire senza esservi sempre e necessariamente sottoposti, come lo erano sotto lo impero della legge immediatamente anteriore del 17 nevoso anno II; ma nulla permetteva affermare che la stessa legge del 4 germile anno VIII abbandonandosi alla volta sua, allo estremo opposto, avesse stabilito di pieno diritto la esenzione dalla collazione (confr. arresto C. cass. 27 feb. 1849, de Jorine, Dev., 1849, I, 537; Grenier, *Treatato delle donazioni*, parte IV cap. I, sez. I, n. 476; Chabot, *Quistioni transitorie*, t. II, p. 191; Ducauroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 688, nota 7.)

162. — Erano queste le antiche tradizioni intorno alla subbietta materia, quando i compilatori del Codice Napoleonico dovettero fermarne le regole nel nostro novello Diritto.

E noi ravviseremo cotesto insigne monumento offrire ancor qui il carattere di quello spirito di discernimento, di moderazione e saggezza, che li distingue in quasi tutte le sue parti, e che ne formerà lo immortale onore.

Eglino eliminarono dapprima il sistema delle consuetudini di *eguaglianza*, le quali eludevano, come afferma Basnage, *tutti gli aditi alla gratificazione dei genitori*! (su l'art. 434 della cons. di Normandia); eieca eguaglianza, la quale, con massimo detrimento della domestica disciplina e del buon ordine delle famiglie o dello Stato, spogliava la patria potestà della facoltà cotanto preziosa di ricompensare e punire, la quale neppure le per-

metteva riparare le differenze, si gravi talvolta tra i figliuoli, sia per cause naturali, come le capieità intellettuali, la sanità o la fisica costituzione, sia per cause accidentali, come inasprite sventure; e la quale metteva capo essa medesima allo spietato stabilimento delle più manifeste e dolorose ineguaglianze!

Eglino neppur vollero ritenere quelle consuetudini di *eguaglianza semplice* o di *scelta*, si poco conseguenti con sè stesse, le quali, non permettendo al disponente esimere dalla collazione il successibile donatario, permettevano al successibile medesimo esimersene con la rinunzia.

Edeglino ritennero il sistema delle consuetudini di *ante parte*, quello già commendevole, sin dai più remoti tempi, per l'autorità della legislazione giustiniana (Novella 18, *supra*, n. 152); dalla stessa legislazione intermedia ultimamente ritenuto (*supra*, numero 162); e di cui Guy-Coquille un tempo aveva con sommo fondamento plaudito la saggezza.

« Affermasi. (egli esclamava), che le consuetudini, le quali vietano i vantaggi, ovviano allo scontento ed alle invidie tra i figliuoli, da cui spesso nascono le discordie; ma del pari è grave servaggio e stato miserando pei genitori il non avere la libertà di disporre dei propri beni e non aver mezzo aleuto di ricompensare i servigi ed il procedere officioso dei propri figliuoli, e tenere in soggezione o timore quelli che rifiutano loro il debito ossequio. Avere la libertà di disporre dei propri beni a pro di un estraneo e non averla verso i figliuoli, i quali debbono soggezione ed obbedienza! L'essere soggetto là dove conviene essere superiore! e, comechè obbedienti e buoni i figliuoli, torna sempre ininteressevole ad un retto ed onesto cuore il trovarsi in servaggio e privo di libertà. » (*Instituz. di Diritto francese tit. Delle donazioni*).

Con quanta maggior ragione cotesto sistema debbe apparire oggidì, a tutte le menti, come il migliore ed il più politico ed il più consono alle idee ed agli odierni costumi della società francese!

863. — Val dire la base della collazione, nel nostro novello Diritto, o piuttosto la causa efficiente, si è innanzi tutto la presunta intenzione del defunto, il quale reputasi non aver voluto che il successibile, cui abbia fatto qualche liberalità, cumulasse questa con la sua porzione ereditaria, ovvero, in altri ter-

mini, reputasi non aver voluto distruggere la eguaglianza frai successibili.

Indubitabilmente il legislatore (tutte le sue disposizioni li dimostrano!) sinceramente desidera cotesta eguaglianza; e conseguentemente presume, quando sia possibile, non aver voluto il defunto dipartirsene.

Ma finalmente non impone cotesta eguaglianza! epperò, se il successibile donatario si trovi obbligato a porre in collazione la liberalità fattagli, non lo è in forza della imperativa volontà della stessa legge, ma semplicemente in forza della presunta volontà del defunto.

Si è oppugnata cotesta base: si è affermato: *poggiare l'obbligo della collazione su la presunta volontà del padre di famiglia, si è abberrare dalla natura della verità* (Agnès), *De la Propriété considérée comme principe di conservazione e della eredità*).

Ed è pur questa la dottrina del nostro onorevole collega Tautier (t. III, p. 305).

Ma nulla ci sembra per contrario più consono alla natura, come si afferma, ed alla verità del presumere, da parte di chi faccia una donazione ad uno dei suoi eredi presuntivi, ad uno dei suoi figli segnatamente, lo intendimento di non distruggere la eguaglianza, e conseguentemente fargli semplicemente un'anticipazione su la sua porzione ereditaria. È disconoscere la veracità dei fatti e la più inconcussa esperienza lo affermare che *le allegrezze del matrimonio, in mezzo a cui dispiegasi per lo più la liberalità de' genitori, lasciano poco accesso a tristi sentimenti ed alle penose riflessioni derivanti dal pensiero della distribuzione del loro patrimonio fra avidi eredi* (Agnès, loc. supra cit.).

Hoinè! cotesto funereo pensiero ci è sempre presente, e tanto bene! precisamente in mezzo alle letizie di famiglia provenienti dal collocamento dei figliuoli nostri o dei nostri parenti; ed allora appunto si comincia a volgere la mente al futuro determinamento delle porzioni ereditarie!

Ed è questo il motivo per cui tali specie di liberalità, quando facciansi senza esenzione dalla collazione vengono universalmente denominate in pratica del pari che nella dottrina *anticipazione di eredità* in contrapposto delle liberalità fatte per *anticipazione o fuori parte* (ved. art. 544—545).

864.—È ben vero gli autori del nostro Codice sembrare aver disconosciuto la propria regola, applicando, su tal punto, ai legati la

stessa disposizione che alle donazioni tra vivi (art. 843—762).

Nulla è più ragionevole del presumersi la donazione tra vivi essersi fatta dal defunto al suo successibile in anticipazione di eredità; dappoiché la donazione medesima, eziandio fatta così, gli è sommamente vantaggiosa, col favorire il suo collocamento in matrimonio o in altra guisa, ed eziandio pei frutti ed interessi che gli permette ritrarre dall'oggetto donato, senza veruna obbligazione di restituzione: dunque puossi credere che il defunto, se non abbia diversamente disposto, intese semplicemente fargli un'anticipazione su la sua porzione ereditaria, lasciandogli altronde la scelta o di porla in collazione, accettando, o conservarla, rinunziando.

Ma il legato, il quale sortisce il suo effetto solo in tempo dell'apertura della successione e nel momento stesso che fa sorgere l'obbligo della collazione, di quale utilità tornerebbe al legatario successibile, se non potesse cumularlo con la sua quota ereditaria? Conviene confessare che non gli tornerà spesso di alcuna utilità; e quindi non sarebbe stato forse meglio presumere essersi il legato fatto per *ante parte*?

Si sosterrà forse che il defunto abbia potuto volere altresì, in questo caso, offrire al successibile la scelta fra la sua quota ereditaria, se accettasse la eredità, ed il legato, se rinunziasse? — ma cotesta presunzione è forse verosimile? e non disconosce per contrario i naturali sentimenti dell'uomo, il quale non ammette il divisamento che i suoi eredi rinunzieranno alla eredità sua, ed il quale al certo non darebbe una specie di premio a cotesta rinunzia!

Altronde il legato fatto dal defunto ad uno dei suoi successibili può essere manifestamente minore della sua quota ereditaria; ed anche poi modici legati, di alcuni determinati oggetti, cotesta presunzione della legge potrebbe produrre talvolta risultamenti davvero spiacevoli, se non si giungesse a rinvenire un mezzo di attennarli (*infra*, n. 302 e seg.).

Le nostre antiche consuetudini, le quali avevano dichiarata incompatibilità delle qualità di erede e legatario, erano almeno conseguenti con sé stesse.

Ma dal momento in cui il novello legislatore ammettesse che uno degli eredi potesse essere legatario del defunto, sembra che, per essere conseguente altresì con sé stesso, avrebbe dovuto statuire il legato a pro dei suc-

cessibile presumersi fatto per autiparte.

Dunque sarebbe malagevole razionalmente spiegare la disposizione che impedisce al successibile chiamato alla eredità dimandare il legato fattogli senza clausola di anteparte; e lice affermare esser desso, nel nostro Codice, un vestigio dell'antica regola della incompatibilità delle qualità di erede e legatario, di cui il legislatore ritenne una conseguenza nel tempo stesso che abrogava il principio.

863. — Altronde è manifesto per la forza stessa delle cose, la idea espressa dalla collazione non potersi applicare a' legati; dappoi- ché le cose legate non sono uscite dalla eredità, e, rinvenendosi ancora nel momento in cui apresi la successione, non possono conferirsi.

Cotesta essenzial differenza fra le donazioni ed i legati ve ne costituisce stabilita dal Codice medesimo, con gli art. 843 ed 845 — 762 e 764, in cui dichiarasi, relativamente alla donazione tra vivi, non poterla ritenere l'erede, e, rispetto al legato, non poterlo reclamare.

Non pertanto il Codice non ha sempre scrupolo, nella sua terminologia, siffatta differenza; e per contrario uagli altri articoli adopera vocaboli *collazione*, *conferire*, *indistintamente* per le donazioni tra vivi e pe' legati (confr. art. 844, 847, 849 — 763, 766, 768).

Vuol ciò forse dinotare tutte le regole della collazione essere di fatti indistintamente applicabili alle une ed alle altre?

Manifesta è la negativa: addiverrebbe impossibile, per esempio, lo applicare, relativamente a' legati, l'art. 857 — 776, il quale dichiara la collazione non esser dovuta a' eredi della eredità; ed al certo l'erede legatario neppur potrebbe invocare l'art. 845 per dimandare, rinunziando alla eredità, il rilascio del suo legato in detrimento de' eredi ereditarij (*infra*, n. 302 e seg.).

Ma nulladimeno è uopo aggiungere del pari cotesto assimigliamento delle donazioni e de' legati, in materia di collazione, trovandosi positivamente stabilito dallo stesso legislatore, vi sarà luogo a desumerne le conseguenze che possono racchiudersi, quante volte i testi o la stessa forza de' principii non vi osteranno.

866. — Potrebbe ancor rivenire, in altre disposizioni del Codice, una specie di anomalia dello stesso genere.

E, per esempio, torna agevole lo spiegare

oggi gli art. 847, 849 ed 854, i quali parrebbero supporre aver potuto il defunto essere astretto e ricorrere alla frode, per esimersi il successibile dalla collazione delle liberalità a fattegli!

Alla frode? eh! per qual ragione adunque, sotto l'impero di una legislazione, la quale dichiara suprema la volontà sua, e gli permette espressamente siffatto esoneramento dalla collazione! (*infra*, n. 367).

Non è forse questo parimente un vestigio delle antiche consuetudini di eguaglianza? (*supra*, n. 160).

867. — È possibile che queste imperfezioni sembrino turbare, sopra alcuni punti, l'armonia del sistema sancito dal nostro Codice?

Ma nondimeno non consentiremo a concorrere alla estrema severità di linguaggio, onde vennero oscurate (confr. Dufour, articolo della *Rivista straniera e francese*, 1837, III, p. 384 e 480).

Avvisiamo non essersi abbastanza avuto riguardo alle considerevoli difficoltà del lavoro assunto dal legislatore del 1804: tanto più che è, a parer nostro, possibilissimo il ridurre ad omogeneo sistema tutte le disposizioni del nostro Codice su tal materia, senza eccettuarne quelle che sembrano desunte, è forza convenirne, da un diverso sistema (*infra*, n. 367).

868. — È uopo non confondere la collazione propriamente detta con la riduzione de' legati o delle donazioni tra vivi.

Son questi due ordini di principii assai diversi, che è importante ben distinguere sin dalle belle prime.

La collazione ha per iscopo la eguaglianza fra tutti gli eredi, chiunque sieno: dalle quali cose conseguita, da un lato, potersi dimandare di fatti da tutti gli eredi, e, d'altro lato, potersi dimandare contro gli eredi.

Lo scopo della riduzione è affatto diverso! è il far tornare entro i limiti della quota disponibile le liberalità che li sorpassarono in detrimento degli eredi riservatari: dalle quali cose conseguita, da un lato, potersi di fatti dimandare dagli eredi riservatari, e, d'altro lato, potersi dimandare avverso gli eredi.

Lo scopo della riduzione è ben diverso! è il far tornare entro i limiti della quota disponibile le liberalità che l'eccedettero in detrimento degli eredi riservatari: dalle quali cose conseguita, da un lato, potersi dimandare effettivamente dagli eredi riservatari, e, d'altro lato, potersi dimandare avverso tutti i legatari.

ri e donatori indistintamente (art. 913 e seg.—829; 920 e seg.—837).

Le regole risguardanti ambe le materie non sono menomamente le stesse; e dappoi ravviseremo le considerevoli differenze tra loro.

Dunque affermeremo, con Coin-Delisle, essere non lasciar al purismo de' dottori il fare una scientifica distinzione fra due vocaboli col azione e riduzione (*Limite del diritto di ritenzione*, ec., n. 19).

Indubitatamente il vocabolo *collazione*, in un ampio significato, può dinotare e dinota talvolta effettivamente ogni restituzione fatta alla eredità, da una persona qualsivoglia, di un oggetto uscente; e, sotto questo punto di veduta, la riduzione è di per sé una collazione.

Ma nel suo speciale significato, ed al certo più usale come più giuridico, il vocabolo *collazione* dinota la restituzione avente per iscopo di ristabilire la eguaglianza fra coeredi.

Si è obbietto le stesse leggi avere spesso applicato alla riduzione la denominazione di *collazione*.

Quindi l'art. 9 della legge del 17 novoso anno II statuiva i successibili non potere, eziandio rinunziando, esimersi dal porre in collazione ciò che avranuo ricevuto a titolo gratuito.

Vien maggiormente rinviarsi cotesta qualificazione di collazione applicata alla riduzione dallo stesso Codice Napoleone in parecchi dei suoi articoli (ved. art. 844, 856, 913 — 763, 785, 831).

Fra giureconsulti, i quali avviano ed hanno, a parer nostro, ragion di dividere essere uopo non confondere i vocaboli *collazione* e *riduzione*, parecchi han concesso il legislatore del nostro Codice essere incorso di fatti in questi articoli in disconvenevole confusione; e, per esempio, l'art. 844, onde viene statuito che l'erede immune dalla collazione può conservare la liberalità sino alla concorrenza della quota disponibile, indebitamente agguignere la eccedenza andar sottoposta a collazione (confr. Ducaurroy, Bonnier e Roussting, t. III, n. 700; Marcadé, art. 844; Duranton, t. VII, n. 230).

Siffatta concessione non ci pare necessaria; anzi opiniamo essere mal fondata.

In vero ciò che importa osservare si è che, nella ipotesi in cui il legislatore qualifica collazione la restituzione alla eredità di ciò che eccede la quota disponibile, la restituzione medesima assume il carattere di farsi da un

coerede a pro dei suoi coeredi, affinché l'oggetto restituito vada compreso nella divisione, cui debbono congiuntamente partecipare: val dire che la restituzione fatta in tali circostanze offre effettivamente tutti i caratteri della collazione.

E quindi si chiarisce come il legislatore abbia potuto, in queste circostanze, così qualificarla.

Or siffatta qualificazione cotanto precisa non torna del tutto indifferente!

Gli onorevoli autori da noi citati hanno insegnato che, nel caso contemplato con l'art. 844, trattandosi di donazione per ante parte, non le regole della collazione, ma quelle della riduzione è forza applicare.

Ma cotesta tesi addiviene, a parer nostro, troppo assoluta; e per contrario dimostreremo potervi esser luogo, eziandio nel caso contemplato con l'art. 844, all'applicazione delle regole della collazione (*infra*, n. 223).

Dunque in buona sostanza la collazione è cosa ben diversa dalla riduzione: i principi regolatori di queste due materie sono assai diversi, ed è rilevante non confondere le parole del pari che le cose.

Ma conviene soggiugnere che se il legislatore ha talvolta applicato la denominazione di collazione a taluni fatti, i quali sembravano altresì i caratteri della riduzione, la ragione si è che i fatti medesimi offrivano altresì i caratteri della collazione, e conseguentemente potevano soggettersi all'applicazione delle regole risguardanti la teorica della collazione.

869. Dobbiamo disammainare, intorno a siffatta vasta ed importante materia, tre principali punti, cioè:

I. In quali casi evvi luogo alla collazione? ovvero, in altri termini, da chi è dovuta la collazione? — a quale eredità? — ed a chi?

II. Quali vantaggi vanno sottoposti alla collazione?

III. In qual modo ha luogo la collazione? e quali ne sono gli effetti?

§ I.

In quali casi siavi luogo alla collazione; ovvero, in altri termini, da che sia dovuta la collazione, a quale eredità, ed a chi.

SOMMARIO.

870. — Divisione.

870. — La quistion generale da noi messa qui: In quali casi siavi luogo alla collazione

comprende tre speciali quistioni, cioè :

A. Da chi è dovuta la collazione ?

B. A quale eredità ?

C. Ed a chi ?

Noi ci faremo ad esaminarle successivamente.

A. Da chi è dovuta la collazione ?

SOMMARIO

871. — Per andare il successibile sottoposto all'obbligo della collazione sono indispensabili quattro condizioni. — Esposizione. — Divisione.

871. — L' art. 843 — 796 è concepito nella seguente guisa :

« Qualunque erede, ancorchè beneficiato, concorrendo ad una eredità, deve conferire a' suoi coeredi tutto ciò che ha ricevuto dal defunto per donazione tra vivi, si direttamente che indirettamente : egli non può ritenersi le cose donate, nè reclamare i legati a lui fatti dal defunto ; eccetto che gli siano stati fatti espressamente a titolo di prelegato, ed oltre la sua parte, con la dispensa dalla collazione ».

Siffatto articolo potrebbesi considerare come il programma di tutta la subbietta materia ; dappoichè nella maggior parte le regole che la riguardano vi si rinvencono in certa guisa riassunte e raggruppate ; talchè i susseguenti articoli sono, per così dire, lo sviluppo di questa prima e fondamentale disposizione.

E, particolarmente intorno al punto in esame, è agevole scorgere, affinchè il successibile vada sottoposto all'obbligo della collazione, quattro condizioni trovarsi cumulativamente richieste.

1° Che sia erede ;

2° Che sia donatario o legatario del defunto ; o almeno che sia il rappresentante di un donatario ;

3° Che non sia stato esonerato dalla collazione ;

4° Finalmente che concorra alla eredità.

Precisamente su ciascuna di tali condizioni dobbiamo offrire alcuni chiarimenti.

1.

Prima condizione per andar sottoposto all'obbligo della collazione si è l'essere erede.

SOMMARIO.

872. — La prima condizione per potere andar sottoposto all'obbligo della collazione si è l'essere erede. —

Il vocabolo *erede* dinota qui coloro i quali vengono chiamati dalla legge alla eredità intestata.

873. — I donatari o legatari universali o a titolo universale non vanno sottoposti all'obbligo, sia riguardo agli eredi legittimi coo cui concorrono, sia gli uni verso gli altri.

874. — L'obbligo della collazione trova impostato a tutti gli eredi chiamati dalla legge, discendenti, ascendenti o collaterali, di qualunque linea e grado.

875. — I successori irregolari essendo chiamati dalla stessa legge, debbono in tal congiuntura considerarsi eredi, e conseguentemente essendo sottoposti all'obbligo della collazione.

876. — L'erede beneficiato va sottoposto all'obbligo della collazione al pari dell'erede puro e semplice.

877. — La collazione è dovuta individualmente dallo stesso erede che trova sottoposto a quest'obbligo. — Conclusione.

872. — La prima condizione per potere andar sottoposto all'obbligo della collazione si è l'essere erede.

Qualunque erede ... dichiara il testo in disamina.

E la significazione del vocabolo *erede* è qui sommamente notevole : di fatti non dinota, come tanto spesso accade, tutti coloro i quali conseguono una parte aliquota della universalità ereditaria per un titolo qualsivoglia, sia in forza della legge, sia in forza della volontà dell'uomo.

No !

Per contrario l' art. 843 comprende tassativamente, sotto la denominazione *erede* coloro i quali vengono chiamati dalla stessa legge alla successione intestata del *de cuius*.

La prova ne discende, sia da tutti i testi in esame, sia dallo essenziale motivo su cui poggia l'obbligo della collazione.

Da un lato di fatti i testi in disamina stabiliscono tale obbligo fra gli eredi : or abbiamo già osservato che il Codice denomina in generale così coloro i quali concorrono alla eredità dell'uomo, e gli addita con la denominazione di *donatario* o *legatario* (ved. il tomo I, n. 80) ; ed è tanto più indubitato che il vocabolo *erede* nella materia delle collazioni, debba dinotare i parenti chiamati dalla legge alla eredità intestata, in quanto che lo stesso legislatore, contrapponendo gli *eredi* a' *legatari*, statuisce l'obbligo della collazione ai primi non riguardare per contrario menomamente gli altri (art. 857 — 776) ;

D'altro lato il legislatore del nostro Codice ha mirato ad evidenza, nella subbietta materia, a regolare la cessione intestata : ciò che ha voluto si è il serbare, per quanto più

sia possibile, fra gli eredi da esso chiamati, la eguaglianza delle chiamate ereditarie, come egli medesimo l'ha stabilita; e quindi semplicemente nella successione intestata, e fra gli eredi chiamati da esso medesimo, ha imposto, come condizione della chiamata medesima, l'obbligo scambievolmente della collazione.

È ben vero aver Giustiniano esteso l'obbligo della collazione sino nelle successioni testamentarie e fra' figliuoli eredi istituiti (supra, n. 152); ma tale estensione non ora stata ammessa in Francia nelle province consuetudinarie; e la collazione vi aveva luogo nelle successioni intestate (supra, n. 159).

873. — Di qui è forza inferire l'obbligo della collazione non trovarsi imposto;

Nè a donatarii universali a titolo universale, riguardo agli eredi legittimi con cui si trovassero in concorso, anche quando costoro fossero riservatarii, salvo però soltanto l'azione di riduzione (art. 994 — 838);

Nè a fortiori a donatarii o legatarii universali, gli uni riguardo agli altri.

Primo, a cagion di esempio, avendo un figliuolo o fratello, ha donato per contratto di matrimonio o legato per testamento a Secondo il terzo de' beni che lascerà in tempo di sua morte; ed ha inoltre donato tra vivi o legato al medesimo Secondo un particolare oggetto della sua eredità; Secondo avrà diritto di conservare la donazione o dimandare il legato, oltre il terzo della universalità lasciategli, senza che il figlio o il fratello del defunto possa dimandargliene la collazione.

Similmente, se si supponga avere un uomo istituito due coniugi suoi donatarii universali per contratto di matrimonio, o avere per testamento istituito Primo e Secondo suoi legatarii universali, ed avere fatto inoltre, sia ad uno de' suoi donatarii contrattuali, sia ad uno de' suoi legatarii universali, una donazione tra vivi o un legato di un oggetto qualsivoglia, l'altro donatario contrattuale o altro legatario universale neppure potrà muovere alcuna pretesione di collazione per tal donazione o legato.

Ed averrebbe così, anche quando i due donatarii universali o a titolo universale fossero entrambi successibili del donante o del testatore, e fossero stati chiamati alla sua intestata successione, se non ne avesse esso medesimo disposto; averrebbe così, diciamo, se venisse riconosciuto in fatto che la disposizione universale fattane dal *de cuius*, e la

suprema e totale ripartizione emersane giusta la volontà sua, abbiano escluso la legale chiamata intestata, e con essa ogni obbligo di collazione, per non lasciare a' due istituiti altra scambievolmente chiamata che la donazione o il testamento, in forza di cui soltanto si troverebbero chiamati.

Non pertanto non potrebbesi forse obiettare, avverso le soluzioni testè fermate, l'obbligo della collazione poggiare sopra una presunzione di volontà da parte del disponente, e siffatta presunzione sembrerebbe potersi invocare tanto fra' *coeredi legittimi* quanta fra' *coeredi testamentarii*? Quando un individuo, per esempio, abbia istituito due persone suoi donatarii o legatarii universali, forse dunque non potrebbesi presumere altresì che le donazioni o i legati particolari, da lui fatti ad una di esse, il furono per anticipazione o imputazione su la quota che intendeva attribuirlo definitivamente nella universalità de' suoi beni?

Indubitabilmente cotesta presunzione, come ha affermato Demante, non sarebbe ragionevole (t. III, n. 492 bis, IV); e forse non andrebbe sfornita di qualche apparenza di verità.

Non pertanto il nostro Codice non vi si è fermato; ed avvisiamo avere il legislatore saggiamente agito:

Sia perchè, in ultima analisi, è giusto che coloro i quali consegnano la eredità in forza della volontà dell' uomo, pienamente rispettivo, gli uni verso gli altri, cotesta volontà costituente il loro titolo comune, ed è verosimile avere il disponente, il quale ha attribuito a ciascun di essi la propria quota, inteso attribuirgliela supremamente e definitivamente;

Sia perchè la eguaglianza, la quale costituisce la base della collazione, è segnatamente la eguaglianza delle quote ereditarie, nella proporzione in cui lo stesso legislatore lo ha stabilito, ed in cui desidera che vengano servate; mentre non ha per contrario grave motivo per desiderare di mantenere, fra donatarii, la eguaglianza delle porzioni rispettive nelle proporzioni stabilito del disponente; le quali proporzioni sono spesso abbastanza capricciose o almeno arbitrarie, e non annodandosi menomamente alle vedute generali in conformità di cui il legislatore volle fermare la ereditaria trasmissione de' beni (confr. Lebrun, lib. III, cap. VI, sez. I, n. 20; Chabot, art. 843, n. II; Duranton, t. VII, num. 227,

228: Zachario, Aubry e Rau, t. V, pag. 306).

874. — Se i salieredi chiamati dalla legge vanno sottoposti all'obbligo della collazione, conviene aggiungere reciprocamente qualunque erede chiamato dalla legge andarvi sottoposto (art. 843 — 762), senza doversi fare alcuna distinzione relativamente alle varie categorie della parentela, nè alle sue linee, nè ai suoi gradi.

Discendenti, ascendenti o collaterali, tutti gli eredi da ultimo a *lege vocati*, di qualsivoglia linea e grado, van sottoposti all'obbligo della collazione (confr. arresto C. cass. 5 mag. 4812: de Beauvoir, Sirey, 1813, I, 17, decis. C. di Bruxelles 30 mag. 4812, Paternoster, Sirey, 4813, II, 46); ed ogni erede vi va sottoposto riguardo al suo coerede, anche quando i coeredi non appartengono alla stessa linea o alla stessa categoria di parentela.

Quindi l'erede della linea paterna debbe la collazione a tutti i suoi coeredi, sia della linea paterna, che è la sua, sia della linea materna, e reciprocamente;

Similmente i collaterali, i quali trovansi in concorso con ascendenti, van sottoposti verso di essi all'obbligo della collazione: come reciprocamente gli ascendenti vi vanno sottoposti verso i loro coeredi collaterali.

Il nostro Codice si è mostrato, come ben si ravvisa, più severo su tal punto delle precedenti legislazioni; dappoichè il romano diritto aveva imposto l'obbligo della collazione in linea retta discendentale (*supra*, n. 433); ed un tempo in Francia, nella maggior parte de' paesi consuetudinarii, se i collaterali non potessero dinanzi i legati loro fatti, almeno non andavano neppur sottoposti alla collazione delle donazioni tra vivi: altronde abbiamo osservato altresì esser questione di dubbia soluzione quella se l'obbligo della collazione dovesse applicarsi agli ascendenti (n. 437, 158).

Tali distinzioni ed incertezze del nostro antico diritto trovansi rimesse oggidì mercè la chiara ed assoluta formola dell'art. 843: qualunque erede... dee coereditare.

L'art. 159 del progetto di Codice civile dell'anno VIII dichiarava del pari espressamente che le disposizioni riguardanti le collazioni *han luogo in ogni successione diretta o collaterale, stabilendo la legge la stessa eguaglianza fra tutti gli eredi qualsivogliano, concorrenti alla divisione della stessa eredità* (Fenet, t. II, p. 170).

La formola venne racconciata; ma il principio è rimasto lo stesso.

875. — Appalesammo già la opinione il vocabolo *erede*, nell'articolo in esame, comprendere non solo i successori regolari, val dire gli eredi legittimi propriamente detti, quelli cui compete lo impossessamento ereditario, ma eziandio tutti i successori irregolari dalla stessa legge chiamati alla successione intestata, come i figliuoli naturali, i genitori, i fratelli e sorelle naturali del *de cuius*.

Di fatti cotesto vocabolo non offre una invariabile ed unica significazione: per contrario è suscettivo di più significati, in cui lo stesso legittimatore l'ha successivamente adoperato, secondo i casi.

Ora dinota i successori regolari, val dire i parenti legittimi, cui compete il possesso legale: è questa la sua significazione più circoscritta ed eziandio più rara;

Ora comprende tutti i successori qualsivogliano, regolari o irregolari dalla stessa legge chiamati alla intestata successione; a *lege vocati*. . . *legitimi, hoc est quibus legitima potuit deferri haereditas* (L. 2, ff. *Unde legitimi*).

Finalmente, in una ultima significazione, la più generica, si applica a tutti coloro i quali conseguono, sia in forza della legge, sia in forza della volontà dell'uomo, una frazione della universalità ereditaria (L. 428, § 1, ff. *De regul. iuri*).

Segnalamente pel luogo in cui rinviasi adoperato, ed avuto riguardo a' principii peculiari della materia nella quale trovasi, conviene determinare quale significazione il legislatore intese attribuirgli.

Or ci sembra manifesto che i compilatori dell'art. 843, con la espressione *qualunque erede*. . . , vollero comprendere ogni successore chiamato dalla stessa legge alla intestata successione, in somma ogni successore che riceve la sua chiamata dalla legge, a *lege vocati*.

Di fatti qual è mai lo scopo dell'obbligo della collazione? è uno scopo di equità, di eguaglianza: il legislatore divisò che il *de cuius*, il quale fece ad uno de' suoi successibili un vantaggio, non volle che il successibile medesimo cumulasse nel vantaggio con la sua quota ereditaria; e conseguentemente, per interpretazione della volontà presunta del defunto, ed in uno scopo di eguaglianza, il legislatore stabilì cotesto obbligo della collazione:

Or tali motivi sono indipendenti dalla qua-

lità della parotela, che univa il successore al de cuius, e dal carattere della chiamata ereditaria: essi si applicano parimente a successori irregolari del pari che a successori regolari e la differenza che si vorrebbe stabilire all'obbietto fra gli uni e gli altri, fornita di ogni ragione, produrrebbe inoltre conseguenze sommamente spiacevoli o spesso lesive;

Dunque la espressione *qualunque erede*, adoperata nell'art. 843, debbe dinotare ogni successore chiamato dalla legge alla successione intestata.

È questa la ragione per cui persistiamo a credere:

1.° Che il figliuolo naturale va sottoposto all'obbligo della collazione verso gli eredi legittimi con cui trovasi in concorso: del pari che reciprocamente gli eredi legittimi vi vanno sottoposti verso di lui (ved. il tomo II, n. 31, 99 e 100);

2.° Che quando più figliuoli naturali vengano chiamati, in mancanza di parenti in grado di succedere, a conseguire la totalità dei beni dei loro genitori trapassati, vanno reciprocamente sottoposti, gli uni verso gli altri, all'obbligo della collazione, in conformità delle regole ordinarie della suddetta materia (ved. il tomo II, n. 102);

3.° Finalmente che gli altri parenti naturali, dalla legge chiamati alla successione, nelle ipotesi contemplate con gli art. 765 e 766 — 680 e 681, vi vanno parimente sottoposti, secondo il diritto comune, gli uni verso gli altri (ved. il tomo II, n. 167).

Non dobbiamo ripetere i chiarimenti, merco di cui avvisiamo aver dimostrato già tali varie illusioni.

876. — Altronde non importa menomamento che l'erede abbia accettato puramente e semplicemente o col beneficio dello inventario.

Qualunque erede, ancorchè beneficiato, dichiara l'art. 843, dee conferire... ec.

La ragione si è che l'accettazione col beneficio dello inventario produce veramente effetti tra l'erede ed i creditori della eredità ed i legatari.

Ma non modifica i diritti e le obbligazioni dello ateso erede riguardo ai suoi coeredi (confr. il tomo III, n. 358, 359).

Consequentemente l'erede beneficiato è e rimane sempre sottoposto all'obbligo della collazione verso i suoi coeredi; anche quando avesse, in conformità dell'art. 802, abbandonato tutti i beni della eredità ai creditori ed

ai legatari (confr. decisi. C. di Parigi 26 die. 1815, Chassériau, Sirey, 1816, II, 41; ed il tomo III, n. 207, 208).

877. — Ciò che è uopo osservare altresì si è, in tutti i casi, la collazione andare individualmente dovuta dall'erede, il quale sia donatario o legatario del defunto, dal medesimo erede e da lui solo (arg. dagli art. 843 ed 857 — 762 e 776; confr. decisi. C. di Parigi 16 mar. 1829, Fessart, D., 1829, I, 283).

Quindi la collazione, dovuta dall'erede di una stirpe o di un ramo, è dovuta dallo stesso erede individualmente, e non collettivamente dagli eredi della sua linea, della sua stirpe e del suo ramo: in somma la collazione è dovuta da coerede a coerede, e non da linea a linea, oè da stirpe a stirpe, nè da ramo a ramo.

Tutti fatti la eredità è sempre unica, anche quando la legge deferisca ad erede di linea o stirpi o rami diversi: tal modo di chiamata, la quale riunisce e raggruppa determinati eredi, per la ripartizione de' beni ereditari, non produce affatto il risultamento, come non sommo fondamento avvertiva un tempo Ricard, di moltiplicare le successioni (*Delle donazioni*, part. I, cap. III, sez. XV, n. 686; ved. pure il tomo I, n. 367).

È questo pure il motivo per cui abbiamo già divisato che, quando l'erede di una linea, di una stirpe o di un ramo, rinonzi alla eredità, per conservare la liberalità fattagli dal defunto, senza esoneramento dalla collazione, la liberalità stessa non debbesi imputare su la porzione spettante alla linea o alla stirpe o al ramo del rinunziante (Ved. il tomo III, n. 67).

La opposta soluzione non solo offenderebbe tutti i principii; ma tornerebbe inoltre sommamente pericolosa ed ingiusta per gli eredi della linea, della stirpe o del ramo dell'erede sottoposto alla collazione; dappoichè costui, in vece di rinunziare, come forse sarebbe suo interesse, ad obbietto di esimersi dalla collazione, potrebbe per contrario, coo una accettazione temeraria oppure frodolentemente concertata con gli eredi delle altre linee, stirpi o rami, imporre agli eredi della sua linea, della sua stirpe o del suo ramo, l'obbligo di una collazione sommamente onerosa, e che astringerebbe essi medesimi a rinunziare (confr. l'art. 456 del progetto di Codice civile dell'anno VIII Fenet, t. II, p. 154; Grenier, t. II, n. 502; Duranton, t. VII, n. 460; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 307; Massé e Vergé t. II, p. 395).

II.

Seconda condizione per andar sottoposto all'obbligo della collazione: è non essere donatario o legatario del defunto.

SOMMARIO

878. — La seconda condizione per andar l'erede sottoposto all'obbligo della collazione si è l'essere donatario o legatario del defunto. — Esposizione. — Divisione.
879. — A. E forse da aver riguardo all'epoca in cui la donazione si faccia all'erede dal defunto, per istaurire se ne debba o pur no la collazione?
880. — Continuazione. — L'art. 846 è applicabile a' legati del pari che alle donazioni tra vivi.
881. — B. Per andar l'erede sottoposto all'obbligo della collazione, conviene forse che esso medesimo sia personalmente donatario o legatario del defunto? Per contrario non basta forse che la donazione o il legato siano fatti a qualcuno de' suoi prossimi parenti, o che abbiano, in qualsivoglia guisa, indirettamente ritratto vantaggio? — Esposizione generale del sistema del nostro Codice.
882. — Continuazione. — Moderno è questo sistema.
883. — Esposizione del sistema dell'antico diritto francese.
884. — Continuazione.
885. — Sotto l'impero del Codice, come mai debbesi risolvere la questione se l'erede debba porre in collazione ciò che venne dovuto al figliuolo, al padre o alla madre o al suo coniuge?
886. — Creano sterco intorno a' lavori preparatori del Codice su tal questione.
887. — Continuazione.
888. — Continuazione. — Quale è mai oggi il vero senso dell'art. 847, a norma di cui le donazioni ed i legati fatti al figlio dell'erede presumono sempre fatti con esenzione da collazione?
889. — E mai vero che l'art. 847 poggia sopra una presunzione d'interposizione di persona? di fatto il figliuolo stesso presumesi beneficiario con la donazione dell'avo a pro del nipote?
890. — Il figliuolo non deve la collazione alla eredità del padre delle donazioni fatte dall'avo al nipote, anche quando le avesse consegnate colla eredità di costui.
891. — Il nipote, donatario o legatario dell'avo, ed il quale si trovasse chiamato alla eredità sua, per effetto della premorienza, della rinuncia o della indegnità del padre, sarebbe in obbligo di porre in collazione le donazioni ed i legati fatti dall'avo.
892. — Potrebbe forse ammettersi la prova che l'avo, facendo una donazione al nipote, abbia inteso farla allo stesso suo figlio, e che esso intenzionalmente si sia lostringere il figliuolo a convivere in donazione modicana nella sua eredità?
893. — Il figliuolo, il quale succede al donante, debbe forse porre in collazione la donazione fatta al padre?
894. — Continuazione. — Del caso in cui il figliuolo succede al donante di proprio diritto.
895. — Continuazione.

896. — Continuazione. — Del caso in cui il figliuolo succede al donante per rappresentazione.
897. — Il figliuolo che succede per rappresentazione debbe forse porre in collazione: 1°. la donazione fatta a lui stesso; 2°. le donazioni fatte agli ascendenti de' gradi immediati che egli potesse dover saltare per guignere, per rappresentazione, alla successione del donante? Esposizione. — Tre opinioni vengono in campo.
898. — A. Prima opinione: il figliuolo non dee la collazione dell'una né dell'altra donazione.
899. — B. Seconda opinione: debba la collazione delle donazioni fatte agli ascendenti de' gradi intermedi.
900. — C. Terza opinione: debba la collazione di tutte le donazioni indistintamente.
901. — Comunque l'art. 848 sottoponga il figliuolo chiamato alla successione per rappresentazione alla collazione della donazione fatta al padre dal defunto, è forza notare sottoposto parimente alla collazione delle somme prestate dal defunto a suo padre.
901. bis. — *Quid*, se il padre avesse soddisfatto i debiti del figliuolo dopo la morte di costui? il nipote sarebbe forse in obbligo, in questo caso, di conferire nella eredità dell'avo le somme da lui sborsate?
902. — Il nipote, chiamato alla successione dell'avo per rappresentazione, debbe la collazione della donazione fatta da costui al padre, anche quando si trovasse quindi in eredità nella sua riserva.
903. — E manifestò che il figliuolo potrà porre in collazione solo col prendere di meno nella eredità del donante l'oggetto donato al padre, se abbia rinunciato alla stessa eredità. — Avverrebbe lo stesso, qualora avesse accettato la eredità del padre, se l'oggetto donato si fosse da lui alienato.
904. — Non converrebbe applicare l'art. 848 al caso in cui il figliuolo venisse chiamato, per trasmissione, alla eredità del donante cui il padre fosse sopravvissuto.
905. — I vocaboli figlio e padre, adoperati nell'art. 848, sono sinonimi de' vocaboli *descendenti* ed *ascendenti*.
906. — Il successibile non è in obbligo di porre in collazione le donazioni o i legati fatti al suo coniuge dal defunto.
907. — Continuazione. — Il coniuge donatario o legatario non si presume essere persona interposta.
908. — Continuazione.
909. — Dal fin qui esposto conseguiva la figliuola, cui viene costituita la dote dal suo autore, poter andar sottoposta all'obbligo di conferirla nella eredità, anche quando la dote medesima si trovasse perduta per lei, per effetto della insolubilità del marito. — Non pertanto l'art. 1573, nel capitolo del sistema dotale, recita il caso in cui la perdita della dote potesse accagionarsi al costume.
910. — Converrebbe forse applicare l'art. 1573 al caso in cui la dote suasi maritata sotto un sistema diverso del sistema dotale?
911. — L'art. 1573 applicasi al caso in cui la dote venisse costituita dal padre.
912. — *Quid* circa la dote costituita dall'avo o dall'ava al nipote o dalla zia al nipote?
913. — Poco monta che la figliuola dotta fosse di maggiore o minore età nel momento del matrimonio.

914. — L'art. 1375 debbesi forse applicare al caso in cui la dote viene costituita in immobili?

915. — *Quid*, se il matrimonio della figliuola sussista ancora, quando si apra la successione del padre che costituì la dote?

916. — In quali casi si potrà affermare che il marito non aveva arte, nè professione nel momento del matrimonio?

917. — È uopo applicare la disposizione dell'art. 819 non solo alle donazioni, ma ancora a' prestiti ed anticipazioni fatti, sia allo stesso coniuge successibile, sia al proprio erede.

918. — Continuazione.

919. — Continuazione.

920. — Quando la eredità si divide fra la linea paterna e la materna, e, fra' successibili dell'una o dell'altra linea, alcuni rinunzino per attenersi alle donazioni loro fatte, gli eredi della stessa linea che accettano, non vanno sottoposti alla collazione delle donazioni medesime.

878. — La seconda condizione, come affermammo (*supra*, n. 471), per andare l'erede sottoposto all'obbligo della collazione, si è l'essere donatario o legatario del defunto.

Nulla evvi di più semplice!

La liberalità, donazione tra vivi o legato, è la causa e l'oggetto stesso dell'obbligo della collazione: or non potrebbe esservi obbligo privo di causa e di oggetto.

Dunque manifesta è questa seconda condizione; e sembra, a primo aspetto, non abbisognare di alcun chiarimento.

Non pertanto non avviene così; e dobbiamo, su tal punto risolvere due principali questioni, la soluzione della prima delle quali indubitatamente torna agevole, ma la seconda, sommaramente agitata già nel nostro antico diritto, venne risolta, nel nostro novello diritto, mercè una equivoca compilazione, la quale diè luogo ad interpretazioni sommamente varie:

A. Evvi forse luogo ad aver riguardo all'epoca in cui la donazione fu fatta all'erede del defunto?

È forse uopo che lo stesso erede sia personalmente donatario o legatario del defunto? oppure basta forse che la donazione o il legato siasi fatto a qualcuno de' parenti, o che ne abbia, in qualsiasi modo, indirettamente cavato vantaggio?

879. — A. E primamente, evvi forse luogo ad aver riguardo al tempo in cui la donazione fu fatta all'erede del defunto, per istatuire se ne debba o pur no la collazione?

A cotesta prima domanda l'art. 846 — 765 risponde con massima chiarezza:

« Il donatario, che non era erede presun-

« tivo al tempo della donazione, ma che si « trova in istato successibile allora quando si « apre la successione, deve egualmente con- « ferire, quando il donante non l'avesse di- « spensato. »

Quindi poco monta che il successibile fosse già erede presuntivo, quando la donazione gli venne fatta, o il sia divenuto dappoi.

È uopo attenersi alla sola epoca dell'apertura della successione.

Si trova forse in quella epoca simultaneamente erede e donatario?

Ciò è sufficiente: debbe la collazione, senza esservi luogo ad andare ricercando l'epoca in cui fu fatta la donazione.

Un individuo, il quale abbia un figlio, ha fatto una donazione ad uno de' suoi tre fratelli.

Ebbene! quello de' fratelli, il quale abbia ricevuto una donazione, ne dovrà la collazione a' fratelli, ancorchè nell'epoca in cui la donazione ebbe luogo non fosse erede presuntivo del donante, avendo costui un figliuolo.

Non sarebbe stato uopo del predetto art. 846, essendo bastevole l'art. 843 per ammettere cotesta soluzione: in vero l'art. 843 impone ad ogni erede l'obbligo di porre in collazione coi suoi coeredi tutto ciò che abbia ricevuto dal defunto per donazione tra vivi, indirettamente: or non distingue menomamente, se l'erede, nel momento in cui fu fatta la donazione, fosse già o non fosse ancora erede presuntivo: dunque, in conformità del testo medesimo dell'art. 843, trovavasi già stabilito andare il successibile sottoposto all'obbligo della collazione, anche quando non fosse ancora erede presuntivo nel tempo in cui ebbe luogo la donazione: tanto più che, in ultima analisi, non evvi erede prima dell'apertura della successione, ed è solo erede chi trovisi chiamato alla successione nel momento della morte: dunque l'art. 846 è all'obbietto la espressa conferma della disposizione già virtualmente racchiusa nell'art. 843.

Ma dunque per qual ragione fu scritto l'articolo 846, il quale effettivamente nulla aggiunge all'art. 843?

La ragione si è che apparentemente il legislatore avrà diviso cotesta ipotesi aver potuto forse far sorgere dubbi, ed esser conveniente antivenirli.

Difatti non si avrebbero forse potuto porre in campo le seguenti obiezioni:

Da un lato il motivo su cui poggia l'obbligo della collazione si è la donazione fatta da uno dei suoi eredi presuntivi presumersi fatta per anticipazione di eredità; val dire il donante presumersi volere fargli semplicemente un'anticipazione su la sua porzione ereditaria futura; ed una donazione di *presuccessione*: or cotesta presunzione di volontà torna impossibile nel disponente, quando il donatario non sia suo erede presuntivo nel momento della donazione: dunque la base stessa su cui poggia l'obbligo della collazione svanisce allora:

D'altro lato ciò che determina ancora il legislatore ad imporre all'erede donatario l'obbligo della collazione si è che il donante stesso, il quale avrebbe potuto esimersi da tale obbligo, non avendone esonerato, sembra aver quindi confermato la legale presunzione di anticipazione di eredità, la quale si attribuisce alla donazione: or questo secondo motivo svanisce parimente, quando il donatario non fosse, nel momento della donazione, erede presuntivo del donante: la idea della esenzione dalla collazione ha potuto non sorgere nella mente del donante, quando il donatario non sia suo erede futuro; e quindi nulla è da inferire, per imporre al donatario l'obbligo della collazione dal non averlo esonerato il donante; dappoi che la donazione, nel tempo in cui venne fatta, ne andava immune per la stessa forza delle cose; e debbesi credere avere il donante inteso farla così, ed averla riconosciuta imputabile, non su la porzione ereditaria del donatario, il quale non doveva conseguirla, ma su la quota disponibile.

Son queste le precise obiezioni, che si avrebbero potuto fare, per sottrarre all'obbligo della collazione il successibile, il quale non era erede presuntivo nel momento della donazione.

Ma il legislatore non ha voluto che vi si movesse riguardo, e con molto fondamento.

È ben vero, affermarsi generalmente, che l'obbligo della collazione poggia su la presunzione che la donazione essersi fatta al successibile come anticipazione su la sua porzione ereditaria futura; ed indubitatamente con buon fondamento, sotto alcuni rapporti, affermarsi eusi; ma non pertanto conviene affermare non esser questo rigorosamente il motivo stesso da cui discende l'obbligo della collazione; o almeno è questo un semplice motivo d'illazione.

La vera causa dell'obbligo della collazione

si è la presunzione della legge che il defunto non avere inteso che il suo erede potesse cumulare simultaneamente i vantaggi fattigli e la sua quota ereditaria.

U' qui indubitatamente è affatto naturale lo inferire, quando il donatario fosse erede presuntivo in tempo della donazione, avere inteso fargli un'anticipazione su la sua porzione ereditaria.

Ma similmente, se il donatario non fosse successibile, in tempo della donazione, ed il sia divenuto dopo, tornerà sempre naturale lo inferirne che il defunto non avrebbe fatto la donazione medesima, o che l'avrebbe fatta no titolo di anticipazione di eredità, se avesse preveduto che il donatario succedesse a lui: e quindi trovasi dimostrato l'obbligo della collazione, in quest' medesima ipotesi, secondo la presunta volontà del defunto.

Indarno obietterebbesi non essergli venuto in pensiero di esimere il donatario dalla collazione, e la esenzione medesima tornare impossibile, dappoi che il donatario allora non era suo erede presuntivo.

La risposta è primamente cotesta escusazione in ultima analisi, non essere menomamente impossibile, ed il donante averla potuto concedere, prevedendo il caso in cui il donatario venisse chiamato alla sua successione:

Soggiugniamo che la esenzione dalla collazione può concedersi con atto posteriore alla donazione (art. 619—835: *infra*, n. 226), e che conseguentemente il silenzio del donante, dopo divenuto il donatario suo erede presuntivo, dimostra non avere inteso attribuirgli talo esenzione: tanto di fatti si riconosce con l'art. 846, il quale suppone che il donatario, il quale non fosse erede presuntivo, in tempo della donazione, ed il quale il sia divenuto dappoi, abbia potuto essere nondimeno esonerato dalla collazione: esso dichiara: *quando il donante non l'avesse dispensato.*

Nè affermerebbesi con maggior ragione che, se il defunto abbia preferito il donatario ai suoi eredi presuntivi, nel momento della donazione, a fortiori l'ha preferito a coloro i quali, in quella epoca, non erano suoi eredi presuntivi; e che, per esempio, nella ipotesi da noi presupposta; quello individuo il quale, avendo un figliuolo, abbia fatto una donazione ad uno dei suoi tre fratelli, ad evidenza ha preferito il fratello medesimo ai due altri: dappoi che, relativamente all'oggetto donato, il preferiva eziandio al proprio figliuolo.

Di fatti la situazione non è più la stessa:

per contrario trovasi moltiplica! ciò che prova la donazione essersi fatta a cotesto fratello sì è che il defunto voleva trasmettergli una determinata parte dei beni suoi; ma avrebbe mai fatto cotesta donazione, se avesse saputo che quel fratello conseguirebbe, per altro titolo, ed in qualità di erede, una porzione dei beni suoi: non l'avrebbe fatta almeno soltanto come anticipazione di autorità? ecco ciò che nessuno può affermare.

880. — Comunque l'art. 846 adoperi i vocaboli *donatario, donazione, donante*, i quali porrebbero riguardare la donazione tra vivi, pure conviene non porre in dubbio essere parimenti applicabile ai legati.

Non solo tornerebbe impossibile addurre all'uopo, fra le donazioni tra vivi ed i legati, alcun motivo di distinzione;

Ma ezimindio a fortiori la disposizione dell'art. 846 debbe applicarsi ai legati:

Sia perchè il legato, assai diverso dalla donazione tra vivi, ha effetto, sia qualunque la data del testamento, solo in tempo dell'apertura della successione;

Sia perchè tal disposizione dell'art. 846 è l'unica forse che possa servire a spiegare, nella ipotesi in esso contemplata, come gli stessi legati vadano sottoposti a collazione: se non sinistri fatti per anteparte: quando effettivamente il legato fu fatto in epoca in cui il legatario non era erede presuntivo del testatore, puossi presumere che il legato medesimo non avrebbe avuto luogo, se il legatario fosse stato l'erede presuntivo del testatore in tempo del testamento.

Cotesta particolare ipotesi è indubitabilmente insufficiente per giustificare, sotto tutti i rapporti, la generica disposizione dell'art. 843, il quale sottopone indistintamente all'obbligo della collazione i legati del pari che le donazioni tra vivi; ma almeno in quella ipotesi torna agevole spiegare la disposizione medesima; ed è questo un motivo di più per applicare l'art. 846 ai legati del pari che alle donazioni (Confr. *Gremer, delle donaz.* t. II, n. 532; *Limbot, art. 842*, n. 4; *Zachariae, Aubry e Rau*, t. V, p. 306; *Massé e Vergé*, t. II, pag. 394).

881. — B. — La nostra seconda questione consiste nel se faccia mestieri che l'erede, per andar sottoposto all'obbligo della collazione, sia esso medesimo personalmente donatario o legatario del defunto; ovvero se basti per contrario che la donazione o il legato siano fatti a qualcuno dei suoi parenti, e ne ab-

bia indirettamente cavato vantaggio in qualsivoglia modo (*supra*, n. 478).

Gli articoli del Codice, i quali si alluscono su questo secondo punto, non trovandosi, è forza confessarlo, compilati con sufficiente precisione; e, prima di esaminarli minutamente, stimiamo cosa proficua accennare dapprima la dottrina che ci sembra emergere.

Ebbene! adunque tal dottrina è la seguente:

Affinchè l'erede sia tenuto a porre in collazione la donazione o il legato, è simultaneamente necessaria e sufficiente una sola condizione, cioè:

Che esso medesimo abbia ricevuto la donazione o il legato medesimo dal defunto, in somma che esso medesimo sia personalmente, per titolo e denominazione, donatario o legatario del defunto.

Affermiamo essere tal condizione indispensabile: se dunque l'erede non sia personalmente donatario, non dovrà la collazione, anche quando avesse cavato vantaggio dalla donazione fatta dal defunto ad un altro;

È dessa sufficiente: se dunque l'erede sia personalmente donatario, dovrà la collazione, anche quando non avesse tratto vantaggio dalla donazione fattagli dal defunto.

Poco monta che la donazione abbia giovato all'erede, se esso medesimo non sia donatario!

Il legislatore non si cura conoscere ciò che sia divenuto l'oggetto donato, nè chi abbia cavato vantaggio, in ultima analisi, dalla donazione fatta dal defunto.

Egli si attiene all'unica idea:

A chi fu mai fatta la donazione o il legato? ovvero, in altri termini, chi è mai personalmente il donatario per titolo e denominazione?

Siete forse simultaneamente erede e donatario o legatario del defunto?

Se lo siete dovete la collazione, non avrete ritratto alcun vantaggio dalla donazione;

Se non lo siete, non dovete la collazione, anche quando avesse raggiunto tutto il vantaggio della donazione.

È questo il sistema fermato dal Codice, tal quale al certo risulta, come ravviseremo, dagli art. 843, 847, 848 ed 849—762, 766, 767 e 768.

882. — Odierno è cotesto sistema; e, per ben comprenderlo, ed altresì per rendersi ragione della forma onde gli autori del Codice scrissero le novelle disposizioni, è rilevante accennare lo stato del nostro antico diritto su

tal punto; dappoi ch'è manifesto la forma stessa di questa compilazione riferirsi ed implicitamente rammentarlo per abrogarlo.

883. — *A chi è uopo che la donazione si sia fatta per esservi luogo alla collazione?*

Precisamente in questi termini Potbier fermava un tempo la nostra questione; e successivamente disaminava, sotto questo paragrafo, se l'erede debba la collazione di ciò che si sia donato ai figliuoli, ai genitori suoi o al suo coniuge (*Delle successioni*, cap. IV, art. 2. § 4; ed *Introd.* al tit. XVII, della cans. di Orleans, n. 81-83).

Lebrun, il quale trattò pure tal questione, la caratterizzava con somma esattezza nei seguenti notevoli termini:

« Scendiamo, egli diceva, alla disamina della materia delle collazioni, che si fanno per altrui, » (Lib. III, cap. VI, sez. II, n. 45).

Trattavasi forse della donazione fatta ai figliuoli del successibile?

Le consuetudini di Parigi (art. 306) e di Orleans (art. 308), le quali formavano, come è noto, il diritto comune della Francia consuetudinaria, positivamente disponevano che:

« Ciò che si sia donato ai figliuoli di coloro i quali sono eredi, e succedono ai loro genitori o altri ascendenti, va sottoposto a collazione, oppure egli debbono preadere tanto di meo. »

Ma ne adduceva per motivo che i vantaggi indiretti van sottoposti alla collazione, al pari dei vantaggi diretti, ed è indirettamente vantaggiare il padre o la madre il vantaggiare i figliuoli.

Aggiugnevasi che la donazione fatta ai figliuoli di un figlio debba tanto più reputarsi fatta al padre, in quanto che di fatti per lo più in considerazione del padre ed eziandio in sua liberazione ha luogo; e questa ragione pareva soprattutto gravissima nei paesi di diritto scritto, in cui l'obbligo di dotare trovandosi imposto al padre, l'avo che dotava la nipote andava riguardato estinguere il debito del figliuolo, che conseguentemente consideravasi come il vero donatario (confr. L. 6; Cod. De collat.); talchè la nipote doveva la collazione alla eredità del padre, quando costui, essendo sopravvissuto all'avo donante,

era stato asiretto a conferire nella eredità ciò che l'avo aveva donato alla nipote (confr. Roassenau de La Combe, v. *Collazione nella eredità*, sez. II, n. 43; Lebrun, lib. III, cap. VI, sez. III, n. 46) (1).

Finalmente (ed era questo il motivo perentorio nelle provincie consuetudinarie, come quella di Parigi e di Orleans, le quali non permettevano donare, eziandio per anteparie, la quota disponibile ad uno dei figliuoli, ed in cui la collazione costituiva una regola fondata sopra una necessità, alla quale non era permesso sottrarsi) affermavasi tornare pur troppo agevole lo eludere la legge della collazione, se bastasse al padre, il quale volesse sottrarre alla legge medesima la donazione che facesse al figliuolo, il fare tal donazione ai figliuoli di cotesto figlio; e conseguentemente tali consuetudini, stabilendo una legale presunzione d'interposizione di persona, supponevano la donazione fatta al nipote dall'avo reputarsi fatta effettivamente al figliuolo dal padre.

884. — *Trattavasi forse della donazione fatta, sia al padre o alla madre del successibile, sia al suo coniuge?*

La questi casi non più precisamente una interposizione di persona presuniva il nostro antico diritto; e non considerava in generale che il successibile dovesse riguardarsi personalmente come vero donatario di ciò che fa donato al padre o alla madre, o al suo coniuge dal defunto di cui trovavasi erede.

È ben vero esser cotesto punto controverso, e taluni autori voler poggiate altresì, in queste due ipotesi, l'obbligo della collazione sopra una presunzione d'interposizione di persona.

Ma pareva generalmente attenersi soprattutto, in questi due casi, alla indagine se l'erede avesse o pur no indirettamente avuto vantaggio dalla donazione fatta dal defunto al padre o alla madre o al suo coniuge; e di fatti veniva esonerato dall'obbligo della collazione, se non ne avesse tratto alcun vantaggio; mentre per contrario vi si andava sottoposto, quando avevano avuto vantaggio; e conseguentemente vi si andava sottoposto sino alla concorrenza soltanto del vantaggio da lui ritrattone.

(1) Tanto Lebrun, in altro luogo, esprimeva con una specie di uso di parole, affermando essersi, nel tempo suo, non solo collazioni di donazioni, ma ancora donazioni (*Della legittima*, lib. III, cap. III, sez. VIII, n. 27). *Donazioni di collazione*, nel senso che il figlio il quale conferiva nella eredità del padre ciò che costui aveva donato al nipote, veni-

va considerato fare a suo figlio la donazione della collazione medesima, che faceva di fatti, per lui, alla eredità di suo padre. (Vedi pure Bourjon, *Diritto comune della Francia, delle Success.*, il par. III, tit. XVI, sez. V, n. 54; Dupin, *delle Success.*, p. 200, 210). »

Di qui sursero parimente multiple distinzioni e suddistinzioni fatte dai nostri antichi giureconsulti, soprattutto quando si trattasse di donazione fatta dal defunto al coniugo del successibile.

La figliuola, per esempio, doveva forse conferire nella eredità del padre la donazione che costui avesse fatta al genero?

Sì, se la figliuola ne avesse cavato vantaggio.

No, se non ne avesse tratto vantaggio.

E per conoscere, se ne avesse o pur no cavato vantaggio, distinguevasi: se avesse figliuoli nati dal marito cui la donazione fu fatta o se non ne avesse; — Se avesse accelerato la comunione fra lei ed il marito o vi avesse rinunciato; — Se la comunione medesima sussistesse ancora nel momento dell'apertura della successione di suo padre o si trovasse sciolta; se fosse una donazione di mobili o una donazione di stabili; se la donazione medesima si fosse fatta dal suocero al genero mentre viveva sua figlia o dopo sua morte; se il genero avesse figliuoli nati da altro letto oppure non ne avesse, ec.

È agevole scorgere tutte queste distinzioni a quante difficoltà dessero luogo: segnatamente non era uno dei minimi inconvenienti che ne emergevano, lo impaccio cui spesso andavasi incontro, nel momento dell'apertura della successione, nello investigare se l'erede traesse o pur no vantaggio dalla donazione fatta al suo coniuge: la qual cosa avveniva quando la donazione si facesse dal suocero al genero, e la comunione sussistesse ancora nel momento della morte del donante: era forza ricorrere ad un espediente al certo ben poco soddisfacente; e veniva statuito la figliuola, erede del padre, dover la collazione provisoriamente.

Ma per qual porzione?

Sorgevano novello incertezze!

Per lo intero, affermava Lebrun; per la sola metà, sosteneva Pothier, con maggior ragione, a creder nostro (confr. Pothier e Lebrun, *loc. supra cit.*; agg. Louet e Brodeau, lettera R, n. 43; Ferrières, su la cons. di Parigi, art. 304, § 4, n. 44).

885. — Siffatta storica esposizione de' precedenti del nostro antico diritto ci rende più agevole la intelligenza del mutamento apportovi dal nostro novello diritto, e particolarmente della forma onde seguì il mutamento stesso.

Dunque ora dobbiamo scendere alla disa-

mina degli articoli del Codice, onde rinviensì attualmente risolta la quistione:

Se l'erede debba porre in collazione ciò che venne donato:

Al figliuolo?

Al padre o alla madre?

O al suo coniuge?

886. — Relativamente alla Prima ipotesi, l'art. 847 — 766 è concepito così:

« Le donazioni ed i legati fatti al figlio di « colui che è successibile al tempo in cui si « apre la successione, sono sempre considera- « ti come fatti con la dispensa dalla colla- « zione.

« Il padre succedendo al donante non è « tenuto a conferirli. »

Gli articoli del progetto di Codice civile dell'anno VIII trovavansi compilati con maggior semplicità e chiarezza, e, a parer nostro, infinitamente meglio!

Gli art. 162 e 163 (divenuti l'art. 847), esprimevansi nella seguente guisa:

Articolo 162: « L'erede è tenuto porre in « collazione il legato fattogli personalmente. »

Articolo 163: « Il padre non conferisce la « donazione fatta al figliuolo non successibi- « le. » (Confr. Fenet, t. II, p. 450).

La sezione di legislazione del Consiglio di Stato divisò parimente la donazione fatta dall'avo al nipote non doversi conferire dal padre nella eredità del donante.

Dunque su tal punto, e rispetto al merito, erano unanimi le opinioni.

Ma la sezione di legislazione credette dover modificare la compilazione del testo del progetto; ed essa vi aggiunse il paragrafo che forma il primo comma dell'art. 847, ed a norma di cui le donazioni ed i legati fatti al figliuolo del successibile « sono sempre considerati come fatti con la dispensa dalla collazione ».

Eh! dunque per qual ragione eotesto mutamento?

Il cenno storico de' lavori preparatori la svelerà.

Tronchet, in occasione della disposizione che esimeva il coniuge successibile dalla collazione delle donazioni fatte al suo coniuge dal defunto, fece osservare tal disposizione « potere dar luogo a frodi, ed un padre, il « quale volesse vantaggiare un figliuolo in « detrimento degli altri, potrebbe, se il fi- « gliuolo medesimo avesse contratto matri- « monio sotto la regola della comunione, do- « nare all'altro coniuge »; e conseguente-

mente dimandava che il coniuge successibile fosse in obbligo di conferire il vantaggio che avrebbe ritratto dalla donazione fatta dal *de cuius* al suo coniuge.

Treillard rispose aver la sezione creduto inutile questa regola, e atteso che il padre non aveva bisogno di mascherare il vantaggio che « voglia fare al coniuge successibile; dappoi- ché può palesemente esimersi dalla collazione ».

Tronchet affermò « allora la sezione doveva stabilire la presunzione esservi stata esclusione dalla collazione, ma esser meglio « esprimerla » Loaré, *Legisl. civ.*, t. X, p. 427, 428).

La compilazione degli art. 847 ed 849 venne conseguentemente modificata nel senso di questa osservazione: e di fatti Treillard, nella esposizione de' motivi, spiegava poscia quegli articoli nel seguente modo:

« Innumeri difficoltà sorgevano un tempo circa le quistioni, se un figliuolo dovesse conferire ciò che si fosse donato al padre, il padre, ciò che si fosse donato al figliuolo, il coniuge ciò che si fosse donato all'altro coniuge: ma la sorgente di tutte queste controversie trovossi felicemente inaridita. « Le donazioni le quali non saranno state fatte alla stessa persona dell'erede, si representeranno fatte per anteparte, tranne quando il donante abbia manifestato una opposta volontà. » (Loaré, loc. *supra cit.*, p. 499, 500).

887.—Non sarà privo d'importanza lo investigare qual sia il valore dei motivi che fecero modificare il testo primitivo del progetto, e quali debbono essere le conseguenze della modificazione medesima.

Ciò torna tanto più importante in quanto che cotesta novella compilazione degli art. 847 ed 849, a norma di cui le donazioni o i legati fatti al figliuolo o al coniuge del successibile sono sempre reputati come fatti con la dispensa della collazione, è divenuta l'oggetto delle più varie e contraddittorie interpretazioni.

Or ci sembra impossibile il non riconoscere i motivi, da Tronchet invocati per dimandare tal modificazione degli articoli del progetto, non essere menomamente decisivi: ed opiniamo essere spiaccevole lo avere la sezione di legislazione creduto doversi annuire.

Di fatti, sotto l'impero del nostro antico diritto, e segnatamente nelle provincie in cui il defunto non poteva esimersi i suoi figliuoli dalla collazione, eziandio con clausola espres-

sa di anteparte, ben si comprende che sotto l'impero di similgiante statuto siasi presunto la donazione fatta dall'avo al nipote essersi fatta dal padre al figlio; dappoi ché tal presunzione d'interposizione di persona aveva potuto sembrare una necessaria garanzia contro le frodi, con cui avrebbersi avuto, senza di ciò, il mezzo di eludere troppo agevolmente l'obbligo della collazione.

Ed inoltre conviene osservare che, eziandio in quella epoca e sotto quello statuto, non avevasi un intimo convincimento che la donazione fatta dall'avo al nipote dovesse sempre considerarsi come donazione fatta dal padre al figlio, mercé interposizione di persona: affermavansi semplicemente poter ciò avvenire, sembrare avvenire; finalmente sembrava il figlio medesimo cavarne vantaggio: e siccome bisognava prevenire una frode alla legge imperativa delle collazioni, ammettevansi tali motivi, ma senza illudersi intorno al loro maggiore o minor valore.

E da questa medesima circostanza provenne nella subbietta materia la denominazione attribuitale dai nostri maggiori: della materia delle collazioni, che si fecero per altrui (*supra*, n. 183): le quali espressioni al certo dimostravano che, rigorosamente parlando, non reputavasi il figlio vero beneficiario con la liberalità fatta dall'avo al nipote.

Ma, nel nostro novello diritto, sotto l'impero di una legge la quale permette al padre di vantggiare il figliuolo, con espressa esclusione dalla collazione, per qual ragione adunque presumerebbersi la donazione dell'avo al nipote fatta dal padre al figlio, mercé interposizione di persona? qual motivo potrebbe mai avere il padre di ricorrere a cotesta simulazione? e per qual ragione avrebbe mai voluto fare clandestinamente ciò che aveva diritto di fare palesemente?

Laonde con sommo fondamento Treillard rispondeva la modificazione dimandata da Tronchet tornare inutile, e non bisognare « do il padre di mascherare il vantaggio che « voglia fare al figlio o al coniuge del successibile, dappoi ché può manifestamente « esimersi dalla collazione (Loaré, loc. *supra cit.*) ».

Ciò era effettivamente perentorio, tanto più che il padre non essendo tenuto oggidì di dotare o collocare i suoi figli (art. 204—194) l'avo, il quale doti o collochi i figliuoli, può molto meno presumersi agire in liberazione del figliuolo.

Non pertanto fu ammessa la chiesta modificazione: e l'art. 847 dispone la donazione fatta al figliuolo del successibile presumersi fatta con dispensa della collazione.

888. — Son questi i motivi, che fecero modificare la primitiva compilazione del progetto.

Ed ora dobbiamo determinare quali possano essere i pratici risultamenti di cotesta modificazione; in altri termini, se la novella compilazione debba produrre conseguenze che la primitiva compilazione non avrebbe prodotte, e se il mutamento nella formola debbasi considerare implicare mutamento nel sistema.

Interpretazioni sommamente diverse son venute in campo, come affermammo. intorno al senso che conviene annettere al predetto art. 847.

Ad obbietto di passarle a rassegna e valutarle con ponderazione, vogliam imprendere qui la disamina intorno a due quistioni, che la compilazione medesima dell' art. 847 può far sorgere.

Ebbene! adunque dimandiamo:

Da un lato, se l'art. 847 poggia sopra una presunzione d'interposizione di persona, e se di fatti il figliuolo medesimo si presume essere il vero beneficiato con la donazione fatta dall'avo al nipote;

D'altro lato, se si potesse venire ammesso a provare che l'avo, facendo una donazione al nipote, abbia inteso farla allo stesso suo figliuolo, e suo intendimento sia stato astringere suo figlio donatario a conferire nella sua eredità l'oggetto donato.

889. — E mai vero primamente che l'art. 847 poggia sopra una presunzione d'interposizione di persona? e di fatti il figliuolo medesimo si presume forse beneficiato con la donazione fatta dall'avo al nipote?

Tale spiegazione dell' art. 847 viene data da più giureconsulti.

Viene poggia sul testo medesimo a norma di cui le donazioni ed i legati fatti al figlio del successibile *presumonsi sempre fatti con dispensa dalla collazione*: or tale esenzione suppone ad evidenza, affermarsi, lo stesso successibile reputarsi vero donatario; dappoichè può applicarsi soltanto a lui, egli solo essendo erede e potendo essere conseguentemente tenuto alla collazione: altronde è questo il motivo positivamente addottone da Tronchet e Treillard (*supra*, n. 486). Aggiugnesi il ravvicinamento dell'antico diritto consuetudinario alla novella legislazione non

poter lasciare all'obbietto verun dubbio; dappoichè precisamente per abrogare le disposizioni del diritto consuetudinario fu scritto l'art. 847: or che mai statuivano le consuetudini? prendendo le mosse dalla supposizione che la donazione fatta dall'avo al nipote reputavasi fatta effettivamente dal padre al figlio, ne inferivano dovere il figlio effettivamente conferire la donazione medesima nella eredità del padre: or la formola dell'art. 847 dimostra che il novello legislatore ha inteso collocarsi nella stessa supposizione, e che prende del pari le mosse dalla idea la donazione fatta al nipote reputarsi fatta effettivamente al figlio: esso abroga la conclusione che il diritto consuetudinario ne traeva: mentre il diritto consuetudinario astringeva il figlio alla collazione, l'art. 847 per contrario ne lo esonera: è questa tutta la differenza; ma tal differenza riguarda le conseguenze del fatto supposto, e non il carattere del fatto stesso. Finalmente si è giunto sino ad affermare che, presumendo il legislatore, con gli art. 911 e 1100—827 e 1054, che le liberalità fatte al figlio di una persona incapace di ricevere reputavansi fatte alla persona medesima, *era stato conseguito con sé stesso*, ammettendo parimente qui tale presunzione d'interposizione di persona; e che per comprendere l'art. 847, conveniva ravvicinarlo al principio stabilito con gli art. 911 e 1100 (Marendé, t. III, art. 847 ed 849; Aubry e Rau sopra Zachariae, t. V, p. 327, 328).

Se cotesta interpretazione dell'art. 847 fusse ben fondata, gravissima ne sarebbe la conseguenza: di fatti si sarebbe indotto a concluderle che, essendo lo stesso figliuolo il vero donatario, effettivamente da lui il nipote ricevette la cosa formante l'obbietto della donazione, e che conseguentemente debba esser tenuto a conferirla nella eredità del padre: tale era precisamente la conseguenza che un tempo desumevasi da cotesta presunzione d'interposizione di persona, ne' paesi di diritto scritto e nella maggior parte de' paesi consuetudinarii: or tal conseguenza tornerrebbe al certo oggi inintelligibile (art. 850—769); dunque non puossi affermare l'art. 847 — 766 poggiare sopra una presunzione d'interposizione di persona; ed il vero si è cotesta presunzione non poter più oggi sorreggersi (*supra*, n. 487): il pretendere spiegarlo mercè gli art. 911 e 1100 è manifestamente confondere due ipotesi sommamente diverse: di fatti gli art. 911 e 1100 presumo-

no la interposizione di persona per apporre sanzione a talune incapacità di ricevere a titolo gratuito: or precisamente qui non rinvienendosi alcuna incapacità, dappoichè la donazione fatta al nipote dall'avo avrebbe potuto fare al figliuolo dal padre!

Ma allora come spiegare la formola dell'art. 847, il quale dichiara che le donazioni ed i legati al figlio del successibile « sono sempre considerati come fatti con la dispensa dalla collazione »?

« È questa una parassita espressione! risponde Duranton (t. VII, n. 233).

« È un vero controsenso! » dicono altresì Ducaurroy, Bonnier e Rostain (t. II, numero 606).

Di fatti crediamo co' nostri onorevoli colleghi abberrarsi al certo dal verace pensiero dello stesso legislatore, se si volesse letteralmente intendere siffatta ambigua e scingurata formola!

In vero, in ultima analisi, che mai il legislatore ha voluto con gli art. 847 ad 849 — 766 a 768?

Una sola cosa!

Volle abrogare l'antica dottrina delle collazioni per altrui! ed è noto gli articoli del progetto positivamente dichiarare l'erede esser tenuto di conferire la donazione fattagli, ed il padre non conferire la donazione fatta al figliuolo (supra, n. 186).

La modificazione apportata a questa formola, giusta la osservazione di Tronchet, non ha menomamente alterato quel fondamentale divisamento del progetto; e se si è aggiunto la donazione fatta al figliuolo del successibile presumersi fatta con esenzione dalla collazione, l'unico scopo si è lo abrogare con maggior sicurezza l'antico diritto: di fatti ciò che risulta da tale aggiunta si è indarno oggi invocarsi i motivi invocati un tempo per sottoporre il figlio al'a collazione delle donazioni fatte al nipote, indarno addurrebbersi le donazioni essersi fatte dall'avo al nipote. in considerazione e liberazione del figliuolo: il novello legislatore esclude, con un perentorio motivo d'irricevibilità, tutte queste asserzioni, dichiarando le donazioni stesse doversi sempre, sotto l'impero del novello diritto, considerare fatte con dispensa dalla collazione.

Che mai vuol ciò dinotare?

Il legislatore stesso immediatamente li dichiara: ed è questa la sua correlazione sommaria significante:

« Il padre succedendo al donante non è tenuto a conferirli. »

È questa la vera formola, quella che spiega, in ultima analisi, il senso difinitivo della legge.

Val dire cotesta legge dinota, come si scorre, semplicemente non aver noi più collazioni per altrui, e conseguentemente, se il figliuolo non debbe la collazione della donazione fatta al nipote, la ragione si è non essere donatario! (Confr. Merlin, *Quist. di dir.*, t. II, e Supplemento, t. VIII, v. *Donazione*, § 5, n. 3; Demante, t. III, n. 183 bis.)

190. — Laonde tal dispensa è assoluta;

Orvero, per esprimerci più correttamente col secondo comma dell'articolo in esame, il quale è di fatti sommamente corretto, il padre succedendo al donante non è tenuto in verun caso di conferire le donazioni fatte al figliuolo, anche quando per avventura ne avesse cavato vantaggio; come se, per esempio, il nipote donatario essendo morto prima dell'avo donante, il figliuolo avesse conseguito nella sua eredità l'oggetto donatogli da costui (ved. pure infra, n. 493).

891. — È tutto l'opposto! se il nipote, donatario o legatario dell'avo, venisse chiamato alla sua eredità; per effetto della premorienza, della rinunzia o della indegnità del padre, sarebbe tenuto di conferire le donazioni o i legati fattigli dall'avo (articoli 843 ed 846 — 762 e 765).

Indarno invocherebbe, per sottrarsi, l'art. 847, dichiarando l'articolo medesimo presumere il padre suo essere il vero donatario, dappoichè appunto nel suo interesse stabilisce la esenzione dalla collazione.

Gli si risponderebbe, che l'art. 847, precisamente esonerando il padre dal conferire la donazione fattagli dall'avo, volle esimerlo dal fare questa collazione per altrui; e che per tal circostanza considera effettivamente il nipote, cui fu fatta la donazione o il legato, come vero donatario o legatario (confr. Delvincourt, t. II, p. 57, nota 3; Chabot, art. 847, n. 4; Duranton, t. VII, n. 183 bis).

892. — Ma potrebbsi ammettere la prova che l'avo, facendo la donazione al nipote, intese farla allo stesso figliuolo, e che suo intendimento fu stringere il figliuolo a conferire la donazione medesima nella eredità sua.

Opinioni sommamente divergenti vennero ancora appalesate su tal punto.

Laonde Delvincourt scrisse che:

« Negli art. 847 ed 849 — 766 e 768, del

pari che nel discorso dell'oratore del governo, il legislatore ha inteso semplicemente esprimere bastare essersi fatta la donazione a persona diversa dal successibile, per venire esonerato dalla collazione, anche quando per avventura il successibile ne avesse avuto vantaggio: ma pure nondimeno il donatario fosse effettivamente la persona che il donante ebbe intenzione di vantaggiare, o non semplicemente una persona interposta per far giungere l'oggetto donato al successibile; dappoi- ché al certo in questo caso vi sarebbe luogo alla collazione. » (T. II, p. 39, nota 10).

Mentre per contrario Duranton, in senso affatto inverso, insegna non potersi in verun caso dimandare la collazione delle donazioni e dei legati fatti dal defunto al figlio o al coniuge del successibile, « dappoi- ché evvi legale e presunzione la donazione o il legato essersi fatti effettivamente a pro del donatario personalmente, e conseguentemente non esservi luogo per l'erede a conferirlo (t. VII, c. n. 317-319 »).

In quanto a noi, non ammetteremmo in modo assoluto nè l'una nè l'altra di queste soluzioni:

E primamente il testo medesimo dell'art. 847 ci sembra osteggiare la soluzione suggerita da Delvincourt, il quale sembra insegnare potersi sempre ed in tutti i casi ammettere la prova della interposizione di persona, per costringere il figliuolo a conferire nella eredità del padre ciò che costui avesse donato o legato al nipote: di fatti abbiamo osservato (supra, n. 489) la conseguenza della formula adottata dall'art. 847 essere precisamente il proscrivere tutte le asserzioni di questo genere, consistenti nel sostenere aver l'avo, il quale abbia donato al nipote, voluto effettivamente donare al figliuolo: lice tanto più meravigliare di cotesta soluzione di Delvincourt, in quanto che il dotto autore, nel suggerirla si è posto in contraddizione con la dottrina, mer- cè di cui aveva egli medesimo precedentemente spiegato l'art. 847 (confr. t. II, p. 37, nota 3, e p. 39, nota 10).

Relativamente alla soluzione suggerita da Duranton, si avvicina, a parer nostro, molto più al vero senso dell'art. 847; e nondimeno avvisiamo che essa medesima sarebbe pur troppo assoluta, insegnando il nostro onorevole collega non potersi mai in verun caso provare che l'avo, col donare al nipote, abbia voluto effettivamente donare al figliuolo, e conseguentemente sottoporre costui all'obbligho

go della collazione. Di fatti suppongasi una convenzione o un atto qualsivoglia, onde lo stesso figliuolo avesse riconosciuto essere il vero donatario, ed il padre suo avergli imposto l'obbligo di conferire la donazione nella sua eredità: forse l'art. 847 sarà ancora, in similgiante ipotesi, applicabile? ci parrebbe malagevole il pretenderlo; e tale era indubitabilmente altresì il divisamento di Treithard, quando, nella esposizione dei motivi, affermava che: « Le donazioni non fatte alla persona stessa dell'erede si reputavano sempre fatte per ante parte, tranne quando il donante abbia manifestato una opposta volontà. » (Loché, *Legisl. civ.* t. X, p. 299-300; confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 329).

893. — Relativamente alla donazione fatta al padre dal successibile, l'art. 818—767 dichiara:

« Similmente il figlio succedendo per ragione propria al donante, non è tenuto a conferire le cose donate al di lui padre, e ancorché avesse accettato l'eredità di questo; ma se il figlio succede per diritto di rappresentazione, deve conferire quello che fu donato al padre, anche nel caso in cui avesse ripudiato la sua eredità. »

La distinzione emergente da questo articolo è, come ben si ravvisa, chiarissima:

O il figliuolo succede di propria ragione al donante; ed allora non dee conferire la donazione fatta a suo padre, anche quando ne avesse avuto vantaggio, come per esempio, se l'avesse conseguita nella sua eredità (ved. eziandio supra, n. 490);

O il figliuolo succede al donante per rappresentazione; ed allora debbo conferire la donazione fatta al padre, anche quando non ne avesse tratto vantaggio, come, per esempio, se abbia rinunziato alla eredità di costui o se ne sia stato escluso come indegno (ved. il tomo I, n. 398).

894. — La soluzione data con l'articolo in esame intorno al primo caso è una conseguenza semplicissima del novello principio regolatore della suddetta materia, cioè la collazione esser dovuta da chi simultaneamente sia erede e donatario personalmente del defunto (supra, n. 884).

È ben vero l'erede dover la collazione delle donazioni indirette del pari che delle donazioni dirette fattegli: sì! ma lo indispensabile è sempre che le donazioni, dirette o indirette, siensi fatte a lui personalmente (art. 843 — 762).

E conseguentemente quando la donazione o il legato venne fatto a persona diversa da lui, non è desso effettivamente donatario; e non deo la collazione, anche quando, per qualsiasi evento, avesse cavato vantaggio dalla donazione medesima in parte o in tutto.

893. — L' art. 848—767 si limita dichiarare il figliuolo che succeda al donante di propria ragione « non essere tenuto a conferire le cose donate al di lui padre.

Esso non soggiugne, come gli art. 847 ed 849, « presumersi fatta la donazione con dispensa dalla collazione.

Ed in ciò rinveniamo al certo la sua compilazione molto più corretta e migliore (*supra*, n. 486).

Ma, a parer nostro, è sempre lo stesso proposito che campeggia ne' predetti tre articoli (847, 848 ed 849); e qualora si pretendesse il figliuolo esser tenuto di conferire la donazione fatta al padre, adducendo una interposizione di persona, e la donazione essersi fatta al figliuolo effettivamente, per mezzo del padre, avvisiamo doversi prescrivere questa pretensione, come nelle ipotesi contemplate con gli art. 847 ed 849 (*supra*, num. 889 e 892).

Se nell' art. 848 non rinviensi adoperata la stessa formula dell' art. 847, la ragione si è che la interposizione di persona torna ancora molto meno verosimile, quando trattisi della donazione fatta al figliuolo dal padre, che quando trattisi della donazione fatta al nipote dall'avo; e di fatti nella prima ipotesi si teneva dietro generalmente molto meno, nel nostro antico diritto, alla idea d' interposizione di persona che al conoscere se il nipote, succeduto all'avo, avesse cavato vantaggio dalla donazione fatta al padre: cotesto motivo può spiegare la varia compilazione degli art. 847 ed 848; ma non potrebbesi ammettere, fra l'uno e l'altro, una differenza di dottrina senza manifesta contraddizione.

896. — Rispetto alla soluzione data con l' art. 848 intorno al secondo caso da esso contemplato, ben lungi dal sembrarci sin dalle belle prime, come conseguenza del principio generale, sembra per contrario esservi una eccezione.

Di fatti che cosa vi ravvisiamo?

Che il figliuolo, succedendo per rappresentazione al donante, all'avo, per esempio, o allo zio, è tenuto di conferire la donazione fatta al padre, al figliuolo o al fratello del donante, sia che abbia accettato la eredità del

donatario, sia che vi abbia rinunciato.

Ma nondimeno non è egli medesimo personalmente donatario: e viemaggiormente! se si supponga aver rinunciato alla eredità del padre, non avrà neppure indirettamente cavato vantaggio dalla donazione fatta a costui.

Dunque abbiamo ancora, sotto l'impero del nostro novello diritto, ciò che Lebrun, nell'antico diritto, denominava collazione che si fa per altrui (*supra*, n. 833).

Eh! come mai dunque? e qual ragione? La ragione si rinviene nelle regole particolari della rappresentazione.

Si è considerato che il figliuolo rappresentando il padre nella eredità del donante poteva conseguire nella eredità medesima semplicemente i diritti che lo stesso padre avrebbe avuti, se fosse stato erede (articolo 739—660): or il padre, se fosse stato erede avrebbe dovuto conferire le donazioni da lui ricevute: dunque il figliuolo, il quale eserciti i diritti del padre, debbe andare sottoposto alle obbligazioni correlative a' diritti del padre, debbe andare sottoposto alle obbligazioni correlative a' diritti medesimi; o se fa una collazione per altrui la ragione si è potersi affermare essere in certa guisa erede per altrui!

E ben vero cotesta medesima ragione non essersi accolta da tutti come decisiva.

Ogni obbligo di collazione, si è affermato, è condizionale, cioè: se il donatario succede al donante; or, per la premorienza del padre donatario, tal condizione trovasi svanita: dunque non è dovuta la collazione della donazione fattagli: si è soggiunto al rappresentante non provenire i propri diritti dal rappresentato, dappoichè costui non ha mai avuto nè potuto aver alcun diritto, o la rappresentazione va circoscritta unicamente al posto ed al grado e non a' diritti.

Ma precisamente l' art. 739 smentisce cotesta teorica nel modo più esplicito; ed il vero si è che il legislatore, chinando il rappresentante a succedere in luogo del rappresentato, fu mosso dallo intendimento essere equo che la premorienza del rappresentato non mutasse la ereditaria trasmissione nella famiglia, o che quindi dovette giungere alla conclusione la premorienza non dover giovare nè nuocere a' rappresentanti (confr. il tomo I, n. 390, 432 o 437).

Di fatti, come affermava Lebrun, per conservare la eguaglianza de' rami, il figliuolo veniva già, nel nostro antico diritto, obbli-

to a conferire nella eredità la donazione fatta al padre premorto.

Le consuetudini di Parigi (art. 308), e di Orleans (art. 304) racchiudevano all' obbietto positive disposizioni da Pothier precisamente giustificate col principio della rappresentazione, affermando: *qui alterius jure utitur, eodem jure uti debet* (Delle success., cap. IV, art. 2, § 4: ed *Introd.* al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 83).

È questa pure la dottrina sancita dal nostro Codice.

897. — L'art. 848 riguarda le sole donazioni fatte al padre del successibile.

Ma è silenzioso intorno alle donazioni fatte: Sin allo stesso figliuolo successibile;

Sin agli ascendenti de' gradi intermedi, che il successibile potrebbe dover saltare per giungere, per rappresentazione, alla successione del donante.

Suppongsi, per esempio, che il pronipote venga chiamato alla eredità del bisavo, per rappresentazione del padre e dell'avo premorti.

Il bisavo ha fatto tre donazioni:

Una al figliuolo, avo del rappresentante;
L'altra al nipote, padre del rappresentante;

La terza finalmente allo stesso rappresentante, al pronipote.

Torna inconcusso che il pronipote, il quale succede al bisavo per rappresentazione, sia tenuto a conferire la donazione fatta da costui al figlio, avo del rappresentante.

Ma il pronipote dovrà forse conferire parimente:

Sia la donazione fatta a lui stesso;

Sia la donazione fatta dal defunto al nipote padre del rappresentante?

Tal questione è controversa; e son venute in campo tre opinioni:

I propugnatori della prima insegnano il pronipote non dover la collazione dell'una nè dell'altra di tali donazioni;

I propugnatori della seconda opinione distinguono: eglino astringono il nipote a conferire la donazione fatta a lui stesso; ma lo esime dal conferire la donazione fatta al padre;

Finalmente a credere de' propugnatori della terza opinione, il pronipote è tenuto di conferire le due donazioni.

898. — A. — Primamente i propugnatori della prima opinione argomentano nella seguente guisa:

Da un lato il pronipote non dee la collazione della donazione fatta a lui stesso dal defunto suo bisavo;

4° Di fatti la rappresentazione è una finzione della legge, per effetto di cui il rappresentante esercita i diritti che avrebbe avuti il rappresentato, se fosse sopravvissuto, gli stessi diritti, nè più nè meno: or il rappresentato non avrebbe conferito, come ben si comprende, la donazione fatta al rappresentante: il figlio del *de cuius*, nella nostra ipotesi, non avrebbe conferito la donazione fatta al figliuolo (art. 847 — 766): dunque il rappresentante neppur dee la collazione medesima.

2° Diversamente la teorica della rappresentazione tornerebbe, nel più alto grado antilogica ed inconsequente; dappoichè da ultimo dilemma: o il rappresentante succede *alieno nomine*, per la persona del rappresentato; ed allora, se debbe di fatti conferire ciò che venne donato al rappresentato, non potrebbe esser tenuto di conferire ciò che venne donato a lui stesso; o il rappresentante succede *proprio nomine*, e per sè medesimo; ed allora, se debbe conferire ciò che venne donato a lui stesso, non potrebbe esser tenuto di conferire ciò che fu donato al rappresentato; puossi concepire l'una o l'altra di tali alternative; ma una duplice collazione, la quale implicherebbe il rappresentante succeder contemporaneamente per rappresentazione altrui e per proprio diritto, affermarsi tornare impossibile! or l'art. 848 astrinze il rappresentante a conferire le donazioni fatte dal defunto al rappresentante: dunque virtualmente lo esime, per la circostanza medesima, dal conferire le donazioni fattegli personalmente; ed è questa la ragione per cui effettivamente seria assoluto silenzio.

3° Aggiungesi la opposta dottrina poter produrre conseguenze durissime e veramente inique; dappoichè farebbe soggiacere il rappresentante simultaneamente a più collazioni.

D'altro lato il pronipote neppur dee alla eredità del bisavo la collazione della donazione che costui abbia fatta al nipote, padre del rappresentante; avvegnachè costui nel rappresentare; e quindi l'art. 848 torna inapplicabile in questo caso. Di fatti il pronipote, succedendo al bisavo, per effetto della premorienza del padre e dell'avo, rappresenta allora effettivamente suo avo: se ascende al grado del padre, non debbe fermarsi; non debbe esercitarvi, da parte del padre, diritti

creditori non mai avuti dal padre; sì bene vi ascende per giungere al grado dell'avo, e per esercitare i diritti ereditari che costui avrebbe avuti nella eredità del padre, se non fosse premorto (confr. Marcadé, t. II, art. 848.)

899. — B. — La seconda opinione si diparte dalla prima, sostenendo per contrario i suoi propugnatori dovere il rappresentante conferire la donazione fatta a lui stesso dal defunto; o noi dimostreremo in ciò esser desueta di fatti molto più giuridica.

Ma è consona alla prima opinione nello esimersi dalla collazione delle donazioni fatte dal defunto agli ascendenti intermedi, pe' gradi de' quali il rappresentante debbe ascendere per giungere alla successione (confr. Ducarroy, Bonnier e Rousiaing, t. II, n. 704).

900. — C. — Finalmente la terza opinione, che noi erediamo dover suggerire, consiste nel sostenere il rappresentante dovere simultaneamente la collazione delle donazioni fatte a lui stesso e delle donazioni fatte agli ascendenti de' gradi intermedi, pe' quali è uopo che risalga per giungere alla eredità del *de cuius*.

Da un lato debbe, noi affermiammo, la collazione delle donazioni fatte a lui stesso:

1° Di fatti, in conformità dell'art. 843 — 762, « qualunque erede, concorrendo ad una « eredità, deve conferire a' suoi coeredi tutto « ciò che ha ricevuto dal defunto per donazione tra vivi »;

Or il rappresentante è erede; egli concorre alla eredità; e noi supponiamo aver ricevuto dal defunto una donazione tra vivi;

Dunque dee conferire la donazione medesima.

A parer nostro, inconcusso è cotesto sillogismo; ed un ragionamento più o men sottile, poggiato a finzione, non potrebbe al certo prevalere alla manifesta realtà del fatto stesso.

Ma, affermasi, l'art. 848 — 767 non lo astringe a questa collazione.

Rispondiamo, l'art. 848 non dovere astringerelo in modo speciale, dappoichè tale obbligazione sufficientemente emergeva, avverso di lui, dall'art. 843 e dalla regola generale fermata dall'articolo medesimo, in materia di collazione, rispetto a qualunque erede: se l'art. 848 parla delle sole donazioni fatte dal defunto al rappresentato, la precisa ragione si è la regola generale non riguardare le donazioni medesime, o torrarle forse impossibile, senza un testo speciale, chieder-

no la collazione dal rappresentante (supra, n. 881).

2° I propugnatori della opposta dottrina traggono argomento da' particolari principii della rappresentazione; e sostengono « non precisamente il rappresentante essere erede, ma il rappresentato, sotto il cui nome concorre ».

Ciò torna iacisattissimo! e per contrarie abbiamo ravvisato il rappresentante stesso, personalmente, essere erede, e concorrere alla eredità *ex capite proprio et ex propria persona* (tomo I, n. 393).

3° Soggiungiamo in tutto ciò non iscorgersi inconseguenza nè ingiustizia.

Non vi si scorge inconseguenza; avvegna- chè a coloro i quali sostengono essere antilogico il rappresentante sembrare succedere simultaneamente di propria ragione e per diritto del rappresentato, risponderemo che la legge la quale, per singolar favore, defersiva a' rappresentanti una eredità, che la lontananza del grado non avrebbe loro permesso conseguire, ha ben potuto indubitabilmente fermare, come ereditate più convenevole, la finzione escogitata all'obbietto.

Nè tampoco vi si scorge ingiustizia; anzi tutto l'opposto! dappoichè sarebbe ingiusto che il rappresentante chiamato alla eredità conservasse, oltre la porzione ereditaria che consegue, le donazioni fattegli; mentre i suoi coeredi sarebbero tenuti di conferire le donazioni che avessero ricevute. Se tale obbligo, imposto al rappresentante, di conferire le donazioni da lui ricevute, può sembrare talvolta alquanto duro, ciò accade quando si trovi nel tempo stesso astretto a conferire le donazioni fatte al rappresentato; e conveniamo poterne allora emergere la spiacevole conseguenza, che gli altri figliuoli del *de cuius* caveranno vantaggio dalla premorienza del fratello loro; di fatti se costui non fosse premorto, sarebbe stato in obbligo di conferire la donazione fattagli, e non quella fatta a suo figlio (art. 847 — 766); e così la morte sua avrà renduto migliore la posizione de' fratelli, in detrimento del nipote, il quale sarà tenuto di conferire la donazione fatta a suo padre e la donazione fatta a lui stesso! — È ben vero: ma non vedesi forse spesso qual camale di donazioni fatte dal defunto a successibili di varii gradi; ed attonde indubitabilmente non è questo il primo esempio in cui la morte di uno dei membri della famiglia modifichi inevitabilmente, e spesso nel modo più grave, i

rispettivi diritti degli altri, ad onta degli sforzi del legislatore per preservarli da tali scosse e mutamenti!

D'altro lato affermiamo che il rappresentante debba parimente conferire le donazioni fatte dal defunto ai suoi ascendenti dei gradi intermedi; e che, per esempio, nella nostra ipotesi, il pronipote debba conferire nella eredità del bisavo la donazione fatta da costui al nipote, padre del rappresentante. È ben vero l'art. 848 contemplare il solo caso in cui il nipote succeda all'avo per rappresentazione del padre; ma è questo un esempio veramente dimostrativo; ed è manifesto la sua disposizione doverci applicare rispetto a tutti coloro per rappresentazione dei quali il rappresentante succede: o il pronipote, in caso di premorienza del padre e dell'avo, può succedere al bisavo solo rappresentante simultaneamente il padre e l'avo.

La verità di cotesta dottrina viene disconosciuta.

Ebbene! dicasi adunque allora come mai cotesto pronipote potrà ascendere al grado successibile!

Forse non trovasi dal grado occupato dall'avo separato dal grado occupato dal padre?

E quindi non è forse uopo che occupi dapprima fittiziamente il grado del padre, suo immediato autore, per occupare dappoi il grado dell'avo, suo mediatore autore?

Ciò ci sembra manifesto: di fatti abbiamo osservato che la rappresentazione, quando debba così saltare più gradi intermedi, non può procedere per *saltum*, omissis medio, e che per contrario debba ascendere regolarmente di grado, val dire quanti sono i gradi vacanti altrettanti sono i rappresentati in luogo dei quali succede il rappresentante (vedi il tomo I, n. 406 e 431).

È questa la base su cui poggia il sistema della rappresentazione allo infinito negli art. 740 e 742—661 e 663: come mai addiverrebbe possibile spiegare diversamente la regola fermata coa l'art. 743—665, il quale dichiara che, dopo una prima divisione per stirpe, debbe aver luogo ancora, in ciascuno dei rami prodotti dalla stessa stirpe, una novella divisione per stirpe?

Di fatti ognuno ravvisa che nella suddivisione la quale ha luogo in ciascun ramo frai membri che lo compongono, i membri medesimi succedono per rappresentazione non più della stirpe che produsse tutti i rami, ma dei capi rispettivi di ciascun ramo: or non è ciò

necessariamente ammetterebbe che il discendente lontano possa concorrere alla successione, in caso di premorienza dei suoi autori dei gradi intermedi, solo rappresentando egualmente gli uni e gli altri?

Dunque concludiamo il pronipote, anche quando trattasi della linea collaterale, dover conferire:

1.° Ciò che venne a lui medesimo donato;

2.° Ciò che fu donato ad ognuno degli ascendenti da lui rappresentati (confr. Demante, t. III, n. 184 bis, II ed II bis; Chabot, art. 760, n. 4; Duranton, t. VII, n. 230; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 313 e 314; Massé e Vergé, t. II, p. 399; D., *Rac. alfab.*, v. Success., n. 1048).

901.—Comunque l'art. 848 testualmente sottoponga il figliuolo concorso alla eredità, per rappresentazione del padre, alla collazione della donazione fatta al padre del defunto, pure è uopo non esitare ad affermare sommetterlo parimente alla collazione delle somme prestate dal defunto al padre, nei casi e nella proporzione, come ben si comprende, in cui generalmente si applica la collazione alle somme prestate (infra, n. 452 e seg.).

Era questa l'antica dottrina (confr. Guy-Coquille su la cons. del Nivernese, cap. XXVII, art. 40; Lebrun, lib. III, cap. VI, sez. II, n. 46; Pothier, *Delle success.*, cap. IV, art. 2, § 4; Ferrières su l'art. 308 della cons. di Parigi).

E di fatti cotesta dottrina è pienamente unisona al principio su cui poggia l'art. 848.

Tal principio si è il rappresentante trovarsi attivamente e passivamente sostituito al rappresentato, per avere gli stessi diritti ed esenzando le stesse obbligazioni che avrebbe avuto il rappresentato;

Or il rappresentato sarebbe andato sottoposto alla collazione delle somme prestatigli non che delle donazioni fattegli dal defunto;

Dunque lo stesso rappresentante debba nadarvi sottoposto (confr. decisi. C. di Grenoble 27 dic. 4832, Pagnone, Dev., 1833, II, 447; di Parigi 27 lug. 1850; Lefort, D., 1854, V. 630, v. *Collazione*, n. 3; Chabot, art. 848, n. 3; Duranton, t. VII, n. 230; Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, n. 703; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 400; Labbé, articolo della *Rivista pratica di diritto francese*, 1857, p. 494, n. 24).

901 b.s.—Lebrun narra essere avvenuta al tempo suo la seguente specie:

» Essendo premorto il figliuolo, egli dice, il

padre si è obbligato verso i ereditori, credendo compiacere i suoi nipoti, ed a condizione di porre in collazione nella eredità sua: poscia egli ha soddisfatto; e gli affari della eredità del figliuolo non avendo potuto venire regolarizzati, i nipoti han rinunciato alla eredità del padre loro: quindi essendo trapassato l'avo, sonosi dichiarati suoi eredi, ed han preteso venire esonerati dalla collazione, dappoichè l'avo non aveva fatto il prestito al figliuolo vivente, ma alla eredità sua. » (Lib. III, cap. VI, sez. II, n. 47).

Ma Lebrua insegna che i nipoti doveano la collazione, dappoichè per essi l'avo fece quelle anticipazioni: e che se non ne trassero vantaggio, dappoichè il cattivo stato della eredità li costasse a rinunziarvi, non vanno, per tal circostanza, immuni dalla collazione, del pari che non ne andrebbero esenti pel naufragio di una nave che l'avo loro avesse per essi caricata.

La medesima specie accadde non ha guari; e per contrario la Corte di cassazione statui che le somme per cui l'avo, dopo la morte del figliuolo, si rendette garante verso la eredità sua, non deggionsi prelevare, mercò collazione col prendere tanto di meo, su la porzione ereditaria dei nipoti concorsi alla eredità dell'avo, quando, come ben si comprende, i nipoti abbiano rinunciato alla eredità del padre o l'abbiano accettata col beneficio dello inventario (confr. arresto 5 gen. 1839, Le-moisson, D., 1839, I, 36, e la nota di Dalloz; ved. pure l'annotazione in Dev., 1839, I, 241).

E cotesta dottrina a noi pare sommamente giuridica.

Di fatti, in conformità del testo medesimo dell'art. 848, il figliuolo, succeduto per rappresentazione, è tenuto di conferire ciò che fu donato o prestato al padre, per la semplicissima ragione dover conferire ciò che lo stesso padre avrebbe dovuto conferire: or si suppone il prestito essersi fatto non al padre vivente, ma soltanto alla eredità sua: dunque il figliuolo non è tenuto conferirlo.

Egli potrebbe andar sottoposto a collazione sol quando il prestito potesse considerarsi fatto a lui stesso; e di fatti ciò potrebbe tornare ben fondato, se avesse puramente e semplicemente accettato la eredità del padre, ma ben diversamente avviene, se vi abbia rinunciato, oppure se l'abbia accettata col beneficio dello inventario.

Ciò che giustifica la opposta soluzione di Lebrua si è che, nella specie da lui riferita,

sembra che l'avo avesse soddisfatto i debiti della eredità del figliuolo a condizione che i nipoti conferissero a ella eredità le somme da lui sborsate.

Puossi scorgere che col su riferito arresto del 5 gennaio vonno precisamente stabilirsi cotesta distinzione, la quale di fatti presentavasi nella specie fra il caso in cui l'avo abbia imposto a' nipoti l'obbligo di conferire lo importare de' debiti da lui estinti, ed il caso in cui per contrario non abbia loro imposto alcun obbligo di collazione.

902. — Dal principio su cui poggia l'art. 848 è mestieri inferire il nipote concorso alla eredità dell'avo per rappresentazione dover la collazione della donazione fatta da costui al padre, anche quando la sua riserva rimanesse quindi lossa; come se, per esempio, la donazione fatta dall'avo al figliuolo ugualisse la porzione ereditaria di costui, ed il figliuolo l'avesse dissipata; oppure, per altro motivo, essendo stato il nipote astretto a rinunziare alla eredità del padre, non avesse menomamente cavato vantaggio dalla donazione medesima (arg. dall'art. 914 — 830; confr. Pothier, *Delle successi.* loc. supra cit. *Introd.* al t. XVII della cons. di Orleans, n. 83; Chabot, art. 818, n. 5).

903. — Ma, si dirà, come mai il figliuolo potrà conferire nella eredità del doante l'oggetto donato al padre, se abbia rinunziato alla costui eredità.

Nulla incontrasi di più semplice.

La collazione dovrà farsi prendendo tanto di meno: o precisamente così disponevano le consuetudini di Parigi (art. 308) e di Orleans (art. 307), le quali astringevano a conferire. . . o prendere tanto di meno.

Altro onde eziandio col prendere tanto di meno il nipote potrebbe fare la collazione, anche, quando avesse accettato la eredità di suo padre donatario, se costui avesse alienato lo immobile donatogli dall'avo; allora dovrebbe fare la collazione medesima nella stessa guisa onde il padre donatario l'avrebbe fatta (art. 860 — 779).

904. — È forse necessario osservare l'art. 848 — 767, nella sua seconda parte, essere applicabile al caso in cui il figliuolo succeda al donante per rappresentazione?

Ad evidenza non converrebbe applicarlo al caso contemplato con l'art. 781 — 698, e dire al caso in cui il figliuolo, per adoperare la terminologia usitata, succedesse al donante, non per rappresentazione, ma per tras-

missione: inesaltissima terminologia! dappoichè il vero si è allora non succedergli affatto, non essere menomamente erede suo, e conseguentemente non dovere coesistere nella eredità medesima le donazioni, che il defunto avesse fatte a lui stesso (confr. il tomo I, n. 384; Duranton, t. VI, n. 410, e t. VII, n. 230 e 248; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 314.)

903. — Ben si comprende altresì l'art. 848 applicarsi alla donazione fatta alla figlia come alla donazione fatta al figlio: il vocabolo figlio, adoperato solo, è qui generico e sinonimo di figliuolo (red. pure art. 847—766).

Come del pari è manifesto che il figliuolo o la figliuola è o pur no in obbligo di conferire la donazione fatta alla madre, secondo la distinzione stabilita col predetto art. 848: il vocabolo padre, adoperato solo, vi è al certo generico o sinonimo di ascendente.

In vero dove mai rinverrebbe il motivo della differenza?

906. — Rimane la terza ipotesi, quella in cui la donazione venne fatta al coniuge dal coniuge successibile (supra, n. 885.)

L'art. 849 — 768 la risolve nella seguente guisa:

« Le donazioni ed i legati in favore del « consorte di colui che fosse successibile sono « no riputati come fatti con la dispensa dal « conferirli.

« Se le donazioni ed i legati sono fatti congiuntamente a due coniugi, di cui uno solamente sia in istato di succedere, questi « ne conferisce la metà: se sono fatti al consorte successibile, ha luogo la collazione « per intero ».

Il nostro antico diritto, come osservammo (supra, n. 884), non presumeva in generale in tal caso la interposizione di persona; o almeno la presumeva (la qual cosa era altronde abbastanza logica) sino alla concorrenza del vantaggio, che il coniuge successibile avesse ritratto dalla donazione o dal legato fatto dal de cuius al suo coniuge.

Anzi è notevole tale essere il sistema proposto col progetto di Codice civile dell'anno VIII, il cui art. 467 era così concepito:

« Quando siasi fatta una donazione ad uno « de' due coniugi, non successibile, o a' due « coniugi, uno de' quali soltanto sia successibile, la collazione ha luogo, da parte del « coniuge successibile, nel solo caso in cui « tragga vantaggio dalla donazione, e per la « porzione da cui cavi vantaggio per effetto

« della comunione, e secondo le regole fermate nel titolo de' Diritti de' coniugi.

« Se la comunione sia ancora sussistente « nel giorno dell'apertura della successione, « e sia incerto se il coniuge successibile avrà o pur no vantaggio per effetto della rinunzia o dell'accettazione della moglie, la « collazione ha luogo provvisoriamente. (Fenet, t. II, p. 451).

Per contrario la sezione di legislazione propose un sistema affatto diverso, proponendo la seguente compilazione.

« Le donazioni ed i legati fatti al coniuge « da un coniuge successibile non vanno sottoposti a collazione.

« Se le donazioni ed i legati si facciano « congiuntamente a due coniugi, uno de' quali soltanto sia successibile, costui debbe « conferirne la metà; se le donazioni si facciano al coniuge successibile, debbe conferirle interamente. » (Lochè Legial. civ., t. X, p. 126).

È noto che, dietro osservazione di Tronchet, la compilazione del primo comma di quello articolo venne modificata, ed in vece di dichiarare puramente e semplicemente le donazioni ed i legati fatti al coniuge di un successibile non andar sottoposti a collazione, si dichiarò reputarsi fatti con esenzione dalla collazione (supra, n. 886).

È questa la formola stessa adoperata nell'art. 847, relativamente alle donazioni fatte al figlio del successibile; ed è uopo confessare cotesta formola essere, nel caso contemplato con l'art. 849, men difficile forse a giustificare che nel caso contemplato con l'art. 847 (supra, n. 887).

Di fatti il padre non può trarre personalmente vantaggio da' beni donati o legati al figliuolo; e se si obiettasse che, nel caso in cui il figliuolo sia minore di diciotto anni e non emancipato, il padre avrà l'usufrutto dei beni medesimi, basterebbe rispondere che precisamente il vantaggio che il padre ritraesse allora da' beni dovuti al figliuolo non va soggetto a collazione; dappoichè ravviseremo i frutti e gl'interessi delle cose sottoposte a collazione esser dovuti a computare dal giorno dell'apertura della successione (confr. Merlin, Quist. di dir., v. Donazione, § 5, n. 3).

Mentre per contrario è manifesto potere uno de' coniugi, per effetto delle convenzioni materiali, e diversamente ancora, cavar vantaggio dalle donazioni e da' legati fatti al suo coniuge (infra, n. 908).

Dunque è ben fondato lo ammettere che la formola la quale, in ogni evento, dichiara inumane dalla collazione la donazione fatta al coniuge da un coniuge successibile potrebbe spiegare, nel caso contemplato con l'art. 849, per un motivo strano per contrario affatto nel caso contemplato con l'art. 847.

907. — Non pertanto conviene por mente cotesta formola non avere nell'art. 849 una significazione nè un'ampiezza diversa da quelle che ha nell'art. 847; avvegnachè è manifesto tali due testi esprimere lo stesso divisamento.

Dunque l'art. 849, al pari dell'art. 847, non presunse la interposizione di persona; e se così si esprime lo fa in certa guisa ipoteticamente, e per eliminare preventivamente, con un motivo d'irricevibilità, ogni domanda di collazione, che si avesse voluto poggiare su cotesta pretesa interposizione (*supra*, n. 859).

Consequentemente il coniuge non debbe, sotto alcun rapporto, riguardarsi come beneficiario con la donazione o il legato fatto dal *de cuius* al suo coniuge.

E ciò torna sommamente rilevante !

Se di fatti il coniuge donatario o legatario nominale dovesse reputarsi persona interposta, converrebbe affermare allora provenire a lui la cosa donata dal suo coniuge medesimo, essendone costui il solo e vero donatario; dal che conseguirebbe la cosa stessa doversi imputare su la quota di beni, di cui il coniuge, reputato vero donatario, poteva disporre a pro del suo coniuge.

Ma non conviene assolutamente fermarsi a cotesta iden; e torna indubitato non esservi luogo ad alcuna imputazione sinigliante, neppure per la porzione che il coniuge successibile avrebbe avuta nell'oggetto donato, se fosse rimasto nella eredità del suo autore, e senza eccezzare nè anche il caso in cui il coniuge successibile avesse figliuoli, nati dal primo letto; dappoichè, giova ripeterlo, non a lui la donazione o il legato venne fatto; e, relativamente alla presunzione d'interposizione di persona, non sarebbe questo uno dei casi per cui l'art. 4100 — 4034 ha stabilito la presunzione medesima.

908. — La novella regola, fermata con l'art. 849, è altronde sommamente semplice e chiara.

Vassi ricercando una sola cosa :

Quale è mai il coniuge donatario o legatario per titolo e denominazione ?

Poco monta forse ciò che addivenga dappoi la cosa donata o legata ?

Quindi la donazione forse venne fatta per lo intero o per metà al coniuge successibile personalmente ? converrà che la conferisca per lo intero o per metà, anche quando ne avesse tratto vantaggio per una porzione e non ne avesse cavato vantaggio alcuno; come se, per esempio, effetti mobili si fossero donati dal *de cuius* alla figliuola maritata sotto la regola della comunione : andando tali effetti compresi nell'attivo della comunione (art. 1401), dovrà necessariamente avvenire, o che la moglie, eziandio in caso di accettazione della comunione, ne trarrà una porzione (art. 1407), ovvero, in caso di rinunzia, che non ne trarrà alcuna (art. 1492), e lo stesso risultamento può aver luogo per effetto de' vantaggi fattisi da' coniugi, sia col contratto di matrimonio, sia dappoi, con atto tra vivi o per testamento.

Per contrario forse il coniuge non successibile è donatario o legatario nominale ? il coniuge successibile non è tenuto alla collazione, anche quando, per effetto delle cause da noi additate, avesse in ultima analisi cavato vantaggio, parzialmente o totalmente, da' beni donati.

Cotesta regola ci sembra potersi giustificare sotto il duplice aspetto della logica e della pratica utilità :

In vero da un lato la logica o piuttosto la stessa ragione ci persuade esser donatario colui al quale la donazione venne fatta personalmente; e ben lungi dal potersi invocare, in senso opposto, le conseguenze emergenti dalle convenzioni nuziali o altre consentite dal donatario, e per effetto di cui i vantaggi risultanti dalla donazione potrebbero attribuirsi a persone diverse dalla sua, le conseguenze stesse comprovano la sua qualità personale di donatario; e di fatti, sin dalle belle prime, i beni donati vennero a lui attribuiti; dappoichè per lui, e da parte sua, come formanti la sua quota contributiva, i beni medesimi vennero compresi nella comunione col coniuge.

D'altro lato nella novella regola rinviensi il sommo vantaggio, sotto il punto di pratica veduta, di ovviare agl'impacci che la opposta regola inevitabilmente genererebbe nella liquidazione della eredità del donante: di fatto l'apertura della successione non precedere per più o men lungo tempo (e quasi sempre ciò precisamente avviene) lo scioglimento

della comunione fra' coniugi : or siccome appunto solo in tempo dello scioglimento della comunione medesima puossi conoscere se ed in qual proporzione ciascuno de' coniugi caverà vantaggio dalla donazione o dal legato , come mai agire intanto ? E ben vero avviarsi a cotesto impaccio, nel nostro antico diritto , con lo astringere il coniuge successibile a fare nella eredità del suo autore una collazione *provisionale* (*supra*, n. 884) ; e noi ravvisammo tale essere altresì lo spediente proposto con l'articolo del progetto di Codice civile dell'anno VIII (*supra*, n. 906), ma agevole è lo scorgere gl' inconvenienti di siffatto sistema , col togliere alle operazioni della liquidazione e della divisione il difinitivo carattere , che è tanto desiderabile sempre imprimere loro.

La regola fermata con l'art. 849 è dunque all'obbietto anche molto migliore.

Altronde che paossi mai accagionarlo ?

Forse che essa favoreggi gl' indiretti vantaggi ?

Ma dove mai sta il male , avendosi potuto direttamente fare cotesti vantaggi ?

909. — Nel fin qui esposto conseguita la figliuola, dotata dal padre o dalla madre, poter essere tenuta a conferir la dote anche quando la dote medesima si trovasse da lei perduta per effetto della insolubilità del marito.

Questo risaltamento , comechè possa sembrare spincerevole , nulladimeno non è da reputare ingiusto , nel caso in cui la moglie dovesse accagionare a lei medesima la perdita della dote , per non aver dimandato in tempo opportuno la separazione di beni : tanto precisamente dichiarava Giustiniano nella Novella 97, cap. VI: *sibi culpam inferat cur mox viro inchoante male substantia uti , non auxiliata est sibi*.

Ma similmente quello imperatore aveva dichiarato che, qualora la figliuola stessa andasse immune da colpa, e la perdita della dote dovesse per contrario accagionarsi al padre, la figliuola non dovesse soggiacer sola alla perdita medesima , o che era semplicemente tenuta a porre in comunanza l'azione di restituzione avverso il marito: *conferri nudam actionem contra inopis mariti res , et fortunam communem esse et ipsi et ejus fratribus*.

Tal disposizione , un tempo osservata in Francia, nella maggior parte delle provincie di diritto scritto, fu ritenuta dal nostro Codice nel titolo *Del contratto di matrimonio*, nel

DEMOLOMBE, Vol. VIII.

capitolo *Della regola dotale* , con l'art. 1573 — 1386, concepito così:

« Se il marito era già insolubile , e non aveva nè arte , nè professione quando il padre costituì una dote a sua figlia , questa non sarà tenuta a conferir nell'eredità paterna che l'azione ad essa spettante contro l'eredità di suo marito per ottenerne il rimborso.

« Ma se il marito non è divenuto insolubile che dopo il matrimonio.

« O se aveva un mestiere od una professione che gli tenesse luogo di beni.

« La perdita della dote cade unicamente a danno della moglie. »

Quindi è indubitato che, quando la figliuola abbia contratto matrimonio sotto la regola dotale, la perdita della dote-emergente dalla insolubilità del marito ricade non su di lui, ma su la stessa eredità del costituente , quando vassi incontro, come ben si comprende, alle condizioni determinate con l'art. 1573 ed intorno a cui ci faremo novellamente a ragionare.

910. — Ma è uopo forse applicare l'articolo medesimo al caso in cui la figliuola siasi maritata sotto regola diversa della regola dotale: sotto regola della comunione legale o convenzionale, per esempio, o sotto la regola esclusiva di comunione ?

Taluni giureconsulti divisarono così ; ed è forza convenire cotesta soluzione sembrò dapprima pogginta sul motivo stesso della legge e su la equità.

Ma il vero quale è mai il motivo che indusse il legislatore a scrivere il predetto art. 1573? Si è l'essere sembrato giuridico ed equo che la perdita della dote, quando provenisse dalla imprudenza dello stesso costituente, ricadesse su tutta la eredità di costui , e non semplicemente su la figliuola dotata;

Or tal motivo è generico: nulla offre di particolare al sistema dotale propriamente detto;

Dunque la ragione e l'equità sono unanimi nel rendere l'art. 1573 applicabile senza distinguere menomamente i sistemi nuziali, anzi a fortiori è uopo applicarlo alle regole della comunione e della esclusione di comunione, sotto cui la dote della moglie viene garantita meno vigorosamente che sotto la regola dotale (conf. Delvincourt , t. II, pag. 40, nota 1; Vazille, art. 850, n. 8).

Non pertanto avvisiamo la opinione più solida, come afferma Grenier (*loc. infra*), essere l'applicazione dell'articolo 1573 do-

versi circoscrivere al sistema dotale propriamente detto:

Di fatti la regola generale si è ogni erede personalmente donatario del defunto dover conferire la donazione da lui ricevuta, sia che ne abbia, sia che non ne abbia avuto vantaggio (art. 843, 849 ed 850—762, 768 e 769); e cotesta regola debbesi serbare per tutti i casi in cui qualche testo non ci avrà apportato eccezione.

Or precisamente l'art. 4573 vi arreca eccezione pel caso in cui la figliuola abbia contratto matrimonio sotto la regola dotale; e tutto dimostra l'articolo medesimo essere una particolare disposizione esclusivamente applicabile alla regola stessa: già dimostrammo la sua origine romana ed affatto *dotale* nella Novella di Giustiniano 497, cap. VI; agg. l'autentica, *Quod locum*, Cod. *De collat.*, l. 5): è uopo soggiugnere avere essa sempre conservato, a traverso i tempi, lo stesso carattere di disposizione speciale alla regola dotale, e, mentre un tempo era invalsa nella maggior parte delle provincie di diritto scritto per contrario non esser stata mai accolta nelle provincie consuetudinarie, le quali osservavano la regola della comunione (confr. Potier, *Delle success.* cap. IV, art. II, § 2; Lebrun, lib. III, cap. VI, sez. II, n. II e seg., antico Denizart, v. *Collazione*, n. 27).

E, quando al cospetto di tali tradizioni, scorgesi l'odierno legislatore ritenere la stessa disposizione in quello fra capitoli del contratto di matrimonio, esclusivamente destinato alla regola dotale, torna malagevole il credere non aver voluto del pari lasciarle il suo special carattere; dappoichè, se avesse inteso generaleggiarla, avrebbe dovuto fermarla nel titolo stesso *Delle collazioni*. Ma tutto l'opposto! nel titolo *Delle collazioni* rinveniamo una disposizione, quella dell'art. 849, la cui applicazione, tal quale debbesi fare, giusta i suoi termini generali ed assoluti, produce conseguenze affatto diverse da quelle emergenti dall'art. 4573 (confr. Grenier, *Delle donaz. e de' testam.*, t. II, n. 530; Chabot, art. 843, n. 42; Duranton, t. VII, n. 416, 420, e t. XV, n. 576; Zachariae, Aubry e Rau, t. III, p. 610; Demante, t. III, n. 485 bis. 11.)

944. — Altronde l'art. 4573, per quanto riguarda il sistema dotale, debbesi, a parer nostro, applicare al caso in cui la dote venne costituita, dalla madre del pari che al caso in cui la dote fu costituita dal padre: il

vocabolo *padre*, adoperato nel testo, è generico (confr. *supra*, n. 205; e di fatti oggi non rinviasi ragion di distinguere all'abbietto il padre dalla madre (ved. art. 204).

Cotesta soluzione ci sembra inconcussa non ostante l'opposto sentimento di Bellot des Minières (*Del contratto di matrimonio*, t. II, p. 282).

E noi neppure crediamo esservi luogo a distinguere: come ha praticato Grenier (l. II, n. 530), la dote costituita dalla madre, vita durante del marito, dalla dote costituita dalla madre dopo la morte del marito (confr. Duranton, t. VII, n. 418; Seriziet, n. 415; Vazeille, art. 850, n. 40; Zachariae, Aubry e Rau, t. III, p. 609).

942. — Anzi parrebbe unisono al vero intendimento del legislatore lo applicare l'art. 4573 alla dote costituita dall'avo o dall'ava, comunque ciò sia già più controvertibile.

Ma ciò che non erdemmo possibile sarebbe l'applicarlo alla dote costituita da persona diversa dall'ascendente, come dallo zio alla nipote: dappoichè se il vocabolo *padre* passi intendere nel senso comprendere, nello intendimento del legislatore, tutti gli ascendenti, non potrebbesi al certo estendere a parenti collaterali; e di fatti in questo caso non rinvengonsi ragioni cotanto gravi di mantenere l'egualianza, la quale è segnatamente desiderabile tra figliuoli e discendenti.

943. — Poco monta altresì che la figliuola dotata fosse di maggiore o minore età nel momento del matrimonio; dappoichè l'art. 4573 non fa veruna distinzione (confr. Duranton, *loc. supra cit.*).

944. — Il più procaccio si è il conoscere se l'art. 4573 debbasi applicare al caso in cui la dote venne costituita in immobili;

O per contrario se debbasi applicare nel solo caso di una costituzione di dote pecuniaria o almeno mobiliare).

L'art. 4573, si è affermato, non distingue la dote mobiliare dalla dote immobiliare; e conseguentemente non vi si potrebbe, senza arbitrio, introdurre alcuna distinzione di tal genere. Altronde la dote, estendendo costituita in immobili, trovasi messa a repentaglio dalla cattiva amministrazione e dalla insolvibilità del marito: per esempio trattasi di un taglio di alberi di alto fusto, ovvero di una casa o di un lato fondo devastato: la moglie può ancora, in tali congiunture, soggiacere a notevole perdita; ed è al certo la perdita medesima, in conformità dell'art. 4573, è

» quale non fa alcuna distinzione, non dovrebbe rimanere a suo particolare carico » (Duranton, t. VII, n. 449; Vazeille, art. 850, n. 9; Zachariae, Aubry e Rau, t. III, p. 609).

Ad oata della gravità di tali motivi, avvisiamo, rispetto a noi, l'art. 4573 doversi applicare nel solo caso in cui la dote fosse mobiliare :

4.° Lo essenziale motivo di quello articolo, per porre la perdita della dote a carico della eredità del costituente, si è la perdita medesima essere stata il risultamento diretto ed indubitato della imprudenza dello stesso costituente; la quale imprudenza consiste di fatti nel provare a lui medesimo direttamente e sicuramente la perdita della dote, affidandola, in tempo del matrimonio, ad un marito già in quel momento insolubile: è questa la cagione della responsabilità del costituente, e conseguentemente la coadizione indispensabile per sussistere;

Or tal condizione, la quale ad evidenza si avvera quando la dote sia mobiliare, non incontra per contrario quando la dote consista in immobili.

La dote è forse mobiliare ?

Eccola perduta appena costituita, come affermava il tribuno Duveyrier, nel suo *Rapporto al Tribunato* (Loché, *Legisl. civ.*, t. XIII, p. 393, n. 76) : e tale espressione, a parer nostro, merita peculiare attenzione; dappoichè discioglie il vero senso dell'articolo in esame.

Se per contrario la dote sia immobiliare, né la costituzione né la tradizione stessa della dote al marito, nel momento del matrimonio, ne producono la perdita, l'immobile sussiste sempre: la moglie può vigilare alla sua conservazione dopo il matrimonio coi mezzi che il diritto comune conferisce a tutte le donne maritate, e di cui il sistema dotale anzi ha accresciuto l'energia a pro delle donne maritate sotto il sistema medesimo; e se la perdita o lo scemamento di valore dello immobile avvengono dopo, avverranno non pel fatto diretto e prossimo del costituente, per un fatto da parte sua, emergente simultaneamente, come l'art. 4573 ci sembra richiedere, dal pagamento della dote e dalla insolubilità del marito nel momento stesso del matrimonio.

2.° Ed ora è mai vero, come affermarsi, che il testo medesimo dell'art. 4573 sia talmente generico da doversi estendere oltre il limite attribuitogli dall'essenziale motivo su cui è poggiato ?

Non avvisiamo così.

Per l'opposto ci sembra l'art. 4573, nel complesso della sua compilazione come nelle espressioni che vi si rinvengano adoperate, dimostrare la mente del legislatore, in siffatta congiuntura, rivolgersi alla dote, mobiliare. In vero le espressioni insolubile..., perdita della dote implicano la idea di un credito; ed cziandio tanto ad evidenza suppone, a parer nostro, l'altra espressione... per ottenerne il rimborso.

Altronde cotesta idea non è nuova; ed un tempo Lacombe esprimevasi nella seguente guisa :

» La figliuola dotata con somma dissipata dal marito non può neppure conferire l'azione... » (V. *Collazione nella eredità*, sez. II, n. 7).

Dunque avvisiamo essere questa ancora oggi l'unica ipotesi cui si applica l'art. 4573 (confr. Delviacourt, t. II, p. 40, nota 4, il quale nondimeno concede che la moglie, in caso di deterioramenti commessi dal marito su lo immobile costituito in dote, sarebbe in obbligo di conferirlo nello stato in cui trovasi; Grenier, t. II, n. 534; Chabot, art. 843, n. 12; Demante, t. III, n. 202).

915.—L'art. 4573 sembra supporre la successione del marito trovarsi già aperta quando apresi la successione del padre o della madre, cui debbesi fare dalla figliuola la collazione della dote e lei costituita; dappoichè l'articolo medesimo dichiara la figliuola esser tenuta di conferire nella eredità paterna l'azione ad essa spettante contro l'eredità di suo marito.

Ma l'articolo sarebbe sempre applicabile, come ben si comprende, nel caso anche più ordinario in cui il marito esistesse ancora nel tempo dell'apertura della successione del costituente.

Neppure andrebbe incontro a veruna difficoltà, qualora, in quella epoca, la moglie avesse ottenuto la separazione di beni, e nel caso in cui l'azione di rimborsazione della dote si trovasse già largita a suo pro: ella dovrebbe allora conferire tale azione.

Se ella non avesse fatto pronunziare la separazione di beni, dovrebbe conferire l'azione eventuale, la quale potrebbe competere un giorno (*supra*, n. 908).

916.—In quali casi potressi affermare il marito non avere arte, né mestiere, né professione, quando il padre abbia costituito la dote ?

È questa una quistion di fatto: ciò che puossi semplicemente osservare in diritto si è il legislatore intender parlare di professione utile e già lucrativamente esercitata in quella epoca: tanto risulta dalle espressioni: o se aveva un mestiere o una professione che gli tenesse luogo di beni.

917. — L'art. 849 tratta delle donazioni e dei legati.

Ma la regola da esso fermata debbe ad evidenza servire eziandio a risolvere altra importantissima quistione, cioè se le somme prestate al genero dal suocero o dalla suocera, o sborsate da essi pel pagamento dei suoi debiti, debbansi conferire dalla moglie nella loro eredità, osservando sempre altronde le differenze da farsi tra la collazione delle donazioni e dei legati e la collazione dei debiti (*infra*, n. 302 e seg., o n. 452 e seg.; *supra*, n. 896).

Consequentemente, se il prestito o l'anticipazione siasi fatta ad entrambi i coniugi, sia congiuntamente, sia solidalmente, la figliuola, essendo essa medesima allora debitrice, dovrà conferire nella eredità dell'ascendente mutuante, sia la metà della somma, se trovisi congiuntamente obbligata, sia la somma totale, se trovisi solidalmente obbligata, salvo, in questo secondo caso, il suo regresso avverso il marito (confr. art. 829, 849, 1487 ec. — 748, 768: Pothier, *Delle success.*, cap. IV, nrt. II, § 4; Duranton, t. VIII, n. 239; ved. nondimeno Labbé, *Rivista di diritto francese*, 1859, p. 499, n. 30).

Se per contrario la figliuola non siasi obbligata col marito, l'applicazione della regola fermata nell'art. 849 ci induce necessariamente ad affermare non dovere la collazione delle somme prestate al marito dal padre o dalla madre: indarno obietterebbesi siffatti prestiti o anticipazioni avere avuto luogo in considerazione della moglie: ciò torna possibile, anzi, ne conveniamo, sommamente verosimile; e sempre egli e non la moglie è debitrice: e quindi non le si può dimandare la collazione di un debito che ella medesima non ha contratto, del pari che non le si potrebbe dimandare la collazione di una donazione o di un legato non fatto a lei stessa. Soggiungiamo cotesta soluzione, sommamente giuridica, essere altresì sommamente saggia ed equa; dappoichè la legge andrebbe sfornita di saggezza ed equità, se permettesse poter la figliuola esser obbligata, senza avervi consentito, a collazioni considerevoli forse,

per causa di prestiti ed anticipazioni, più o meno imprudentemente fatti dal suocero o dalla suocera al genero.

Dunque la figliuola, quando non siasi obbligata, non va sottoposta alla collazione.

918. — Nonpertanto è uopo arrecare qualche temperamento a cotesta soluzione nel caso in cui la moglie trovisi maritata sotto la regola della comunione.

Di fatti in questo caso è forza ricorrere al seguente dilemma:

Se la comunione sussiste ancora in tempo dell'apertura della successione del padre o della madre della moglie, applicheremo la medesima soluzione; ed i suoi coeredi non potranno dimandarle la collazione, eziandio soltanto col prendere tanto di meno e per imputazione, di una porzione qualsivoglia delle somme prestate al marito, qualora non vi si trovi ella medesima obbligata: di fatti non trovandosi sciolta la comunione, è ignoto se la moglie l'accetterà o vi rinzierà: o qualora un giorno vi rinunziasse, non troverebbesi, come ben si comprende, mai tenuta al debito (art. 1494). Nè si dica dovere ella fare almeno una collazione *provisionale*: abbiamo già osservato il nostro Codice non ammettere cotesto metodo (*supra*, n. 208); ed altronde per qual parte ed in qual proporzione lo farebbe? dunque in tal caso la moglie non deve alcuna collazione; e la eredità è ereditrice unicamente del marito, come lo sarebbe avverso ogni altro debitore estraneo.

Se per contrario la comunione trovisi sciolta, quando si faccia la divisione della eredità del padre o della madre della moglie, conviene distinguere:

La moglie ha forse rinunziato alla comunione? non vassi incontro a veruna difficoltà: ella non deve la collazione;

Ma se l'abbia accettata, siccome è avvenuta quindi ella medesima debitrice, in qualità di moglie in comunione di beni, così sarà tenuta alla collazione dello emolumento da lei conseguito (art. 1482, 1483; confr. Louët e Brodeau, lettera R, n. 43; Leprieux, cent. 3, cap. 4, n. 14 e seg.; Lebrun, lib. III, cap. VI, sez. II, n. 5; Duranton, t. VII, n. 236-238; Labbé, *loc. supra cit.*)

919. — Similmente in conformità della regola stabilita con l'art. 849 è mestieri risolvere tutte le quistioni di tal genere, che possono sorgere tra la moglie ed i fratelli e sorelle sul punto se la stessa moglie debba

conferire nella eredità del padre o della madre gli oggetti usciti dal loro patrimonio per rimanere presso il genero; ovvero se per contrario la eredità abbia semplicemente una azione ordinaria di pagamento avverso il genero.

La soluzione si rinverrà sempre nella risposta alla seguente questione:

Forse la stessa moglie è obbligata verso la eredità?

Per contrario lo è forse il solo marito?

Nel primo caso la moglie debbe la collazione;

Per l'opposto non la dee nel secondo (confr. arresto C. cass. 13 apr. 1842, Dubourdoir, Dev., 1842, 4, 305; agg. eziandio decis. C. di Tolosa 23 dic. 1833, Théron, Dev., 1836, II, 321).

920. — Dal principio testè svolto, ed in conformità del quale l'erede non debbe la collazione delle donazioni e de' legati fatti a persona diversa dalla sua, è mestieri pure inferire che, quando la eredità si divide fra la linea paterna e la materna, e fra' successibili dell'una o dell'altra linea alcuni rinunziano per attenersi alle donazioni o a' legati loro fatti, gli altri eredi della stessa linea non sono, ad onta del vantaggio emergente per essi da tal rinunzia, tenuti a conferire le donazioni o i legati fatti al rinunziante: altronde abbiamo dato, intorno a cotesta soluzione, chiarimenti cui basta rimetterci (confr. supra, n. 177; il t. III, n. 46; Grenier, *De'le donaz.*, t. II, n. 503; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 343.)

III.

Tercia condizione per andar sottoposto all'obbligo della collazione: conviene non essersi stato esonerato.

SOMMARIO.

921. — Il Codice ha ritenuto il sistema della antica consuetudine di *anteparte*, o permette la esenzione della collazione.

922. — Nondimeno l'erede immune dalla collazione può ritenere la donazione o dimandare il legato sino alla concorrenza della quota disponibile. — Spiegazione.

923. — Il di più, dichiara il testo, va sottoposto a collazione. — Si è opposta cotesta formula. — Spiegazione.

924. — È manifesto che se il disponente non abbia erede riservatario, può disporre di tutti i suoi beni per *anteparte* a pro di uno de' suoi successibili, come potrebbe disporre a pro di un estraneo.

925. — Il disponente, il quale potrebbe esimersi assolutamente il suo successibile da ogni specie di collazione,

sia in *usufrutto*, sia col prendere *tasco di meno*, può vietare maggiormente esimersi soltanto dalla collazione in natura.

926. — La esenzione dalla collazione può concedersi sia con l'atto stesso racchiudente la donazione o il legato, sia con atto posteriore. Ma allora è mestieri che questo atto posteriore venga rivestito delle formalità della donazione tra vivi o del testamento. — Conseguenze.

927. — L'atto posteriore, con cui la esenzione dalla collazione può venir concessa, può essere indifferente mente una donazione tra vivi o un testamento.

928. — La esenzione dalla collazione, quando trovisi concessa con atto posteriore all'atto di disposizione, non potrebbe avere effetto retroattivo in detrimento dell'erede acquiescente d'altrui.

929. — È forse assolutamente necessario che la esenzione dalla collazione si rinverga in un atto rivestito delle forme della donazione tra vivi o del testamento?

930. — Non potrebbe forse laferre la esenzione dalla collazione da essere circostanze dimostranti all'oblietto la volontà del disponente?

931. — Continuazione. — Rimando.

932. — La esenzione dalla collazione debbe essere espressa. — Quale è mai il senso de' vocaboli *espressa*, *espressamente*?

933. — La questione se la donazione o il legato siano fatti con esenzione dalla collazione costituisce una questione d'interpretazione di volontà, la cui supremazia di diritto compete al giudice del fatto. — Osservazione.

934. — La volontà del disponente di concedere la esenzione dalla collazione può principalmente apparirsi in due modi:

935. — A. Può manifestarsi con ispeziale dichiarazione letteralmente espressa all'oblietto. — Le espressioni *con dispensa dalla collazione*, *per anteparte*, a titolo di prefazione non sono di rigore, e possono surrogarsi con formule equivalenti.

936. — Continuazione. — Esempio.

937. — Continuazione.

938. — Continuazione.

939. — Continuazione.

940. — Continuazione.

941. — B. La manifestazione della volontà del disponente di esimersi dalla collazione può sorgere ancora, sia dal complesso delle varie clausole dell'atto, sia dalla natura della stessa disposizione.

942. — Continuazione. — La disposizione universale fatta dal defunto a pro di uno de' suoi successibili implica virtualmente la esenzione dalla collazione.

943. — *Quid* circa la disposizione avente per oblietto la quota disponibile?

944. — *Quid* circa la sostituzione fedecommissaria?

945. — *Quid* circa la sostituzione volgare?

946. — *Quid* circa la stipulazione del diritto di reversione a pro del donante in caso di premorienza del donatario?

947. — *Quid* circa la riserva di usufrutto a pro del donante?

948. — *Quid* circa la divisione fatta con atto tra vivi o per testamento da un ascendente fra' suoi figli?

949. — *Quid* circa la clausola onde il defunto avesse gravato uno de' suoi eredi estinguere, con la sua porzione, tutti i legati da lui fatti?

930. — Le donazioni mascherate, sia per interposizione di persona, sia per operazione a titolo oneroso, debbono forse riguardare fatte con esenzione dalla collazione? — Esposizione.

931. — Due principali sistemi sono adottati; ma fra sostenitori del secondo è sorto uno scisma, consistente in certa guisa un terzo sistema misto ed intermedio.

932. — A. Primo sistema: le donazioni mascherate traggono seco virtualmente e necessariamente la esenzione dalla collazione.

933. — B. Secondo sistema: le donazioni mascherate non traggono seco la esenzione dalla collazione.

934. — C. Terzo sistema: le donazioni mascherate non vanno necessariamente, pel loro semplice carattere, immuni dalla collazione; ma la esenzione dalla collazione, per quanto lo riguarda, può inferirsi dalle particolari circostanze del fatto.

935. — Le donazioni manuali segretamente fatte vanno formalmente dalla collazione?

936. — Negli altri mezzi cui possa ricorrere per mascherare una liberalità, e della dottrina loro applicabile.

924. — Abbiamo già accennato, il nostro Codice, adottando il sistema delle antiche consuetudini di anteparte, avere permesso al disponente di conferire ad uno o più de' suoi successibili vantaggi con esenzione dalla collazione (*supra*, numero 862).

L' art. 843 — 762, il quale impone all' erede l' obbligo di conferire ciò che gli venne donato o legato dal defunto, soggiugne di fatti la seguente rilevante restrizione:

« . . . eccetto che le donazioni ed i legati gli sieno stati fatti espressamente a titolo di prelegato, ed oltre la sua parte, o con la dispensa dalla collazione. »

E l' art. 919 — 835, nel titolo *Delle donazioni tra vivi e de' testamenti*, ha novellamente sancito cotesta regola di sì grave importanza domestica e politica:

« La porzione disponibile potrà essere data in tutto od in parte, tanto per atto fra vivi come per testamento, a' figli od altri successori del donante, senza che il donatario venendo a succedere, sia obbligato a farne la collazione, con che però la disposizione sia stata fatta espressamente a titolo di anteparte o prelegato.

922. — Il principal punto, il quale debbe qui formare l' obbietto della nostra disamina, si è il determinare quali sieno i caratteri indispensabili a ravvisare la volontà del disponente di fare una liberalità per anteparte, ovvero, in altri termini, in qual forma la esenzione dalla collazione possa concedersi.

Ma dobbiamo fermare preventivamente due regole dominanti tutta questa parte del nostro subbietto:

A. La prima di queste regole rinviensi stabilita nell' art. 844 — 763 nella seguente guisa:

« Anche nel caso in cui le donazioni ed i legati sieno stati fatti con dispensa dalla collazione, od a titolo di prelegato, l' erede venendo alla divisione non può ritenere che sino alla concorrenza della porzione disponibile: il di più è soggetto a collazione. »

Torna semplicissimo che l' erede donatario o legatario per anteparte possa ritenere soltanto sino alla concorrenza della quota disponibile la liberalità fattagli!

In vero il principio, in conformità del quale i successibili possono esimersi dalla collazione, poggia su la idea esser giusto ciascuno poter disporre, a pro di uno de' suoi successibili, nella stessa guisa e così irrevocabilmente come potrebbe disporre a pro di un estraneo: il progetto di Codice civile dell' anno VIII (nel suo art. 460, corrispondente all' art. 845 — 764, di cui ben testo ragioneremo) esprimeva eziandio positivamente cotesta idea dichiarando che « l' erede presuntivo . . . può ritenere la donazione tra vivi o dimandare il legato fattogli come potrebbe farlo un estraneo, sino alla concorrenza della quota disponibile. » (Fenet, t. II, p. 150);

Or l' estraneo può, come ben si comprende ricevere la donazione o il legato entro il limite della quota disponibile;

Dunque la donazione o il legato fatto ad uno de' successibili con esenzione dalla collazione debbe di necessità andar parimente circoscritto entro questo limite.

Imperocchè in nessun caso possa ledere la riserva (art. 920 — 837).

923. — Il di più, dichiara l' art. 844, è soggetto a collazione.

Si è, come abbiamo osservato (*supra*, n. 868), oppugnata cotesta formula; e si è preteso le regole applicabili al conferimento della eccedenza dovere esser quelle della riduzione e non quelle della collazione.

Ma nulladimeno nell' art. 844 rinviensi adoperato il vocabolo *collazione*; e si rinviene pure nell' art. 866 — 783, il quale regola la stessa ipotesi.

Altronde, rispetto a noi, opiniamo non avere il legislatore commesso in ciò veruna inesattezza di linguaggio o di principio.

In vero da un lato, in conformità dell' art. 843, ogni erede debbe conferire le donazioni da lui ricevute, eccetto quando sia stato validamente esonerato dalla collazione;

Or l' erede, nella nostra ipotesi, ha rice-

vulo una donazione; e non è stato validamente esonerato dalla collazione, riguardo alla parte della donazione medesima eccedente la quota disponibile; non essendo permessa siffatta esenzione.

Dunque, in conformità dello stesso art. 843 debba la collazione di tale eccedenza.

D'altro lato la collazione consiste nel riporsi nella massa del coerede le cose che ricevute a titolo gratuito, ad obbietto di dividersi fra tutti i coeredi le cose medesime;

Or il coerede, nella nostra ipotesi, ripone nella massa talune cose da lui ricevute a titolo gratuito, affinché tali cose vengano divise fra lui ed i suoi coeredi;

Dunque fa effettivamente una collazione.

E, adoperandosi ne' testi siffatta denominazione, ne inferiamo esservi luogo ad applicare le regole della collazione: quindi, per determinare in qual modo il conferimento della eccedenza dovrà farsi, se in natura, ovvero col prendere tanto di meno, si dovrà ricorrere agli articoli che determinano i vari modi di collazione, avuto riguardo alle varie specie di beni (art. 859, 868, 869 — 778, 787, 788; agg. art. 924 — 841).

Forse così pretendiamo le regole della riduzione non essere allora applicabili?

Ad evidenza no! e tal dottrina neppur sarebbe degna di venir proposta!

Dunque ammettiamo i coeredi del donatario o legatario potere invocare contro di lui, del pari che contro il donatario estraneo, gli articoli che stabiliscono la riduzione, se avessero effettivamente interesse al venire applicati tali articoli anziché gli articoli riguardanti la collazione; e, per esempio, se l'eredità donatario avesse alienato lo immobile donatogli, i suoi coeredi, nella loro qualità di riservatari, potrebbero invocare l'art. 930 — 847, in conformità del quale l'azione di riduzione può esercitarsi eziandio avverso i terzi possessori; mentre, se potessero invocare le sole regole della collazione, l'art. 859 non permetterebbe loro di agire quindi per rivendicazione avverso i terzi (confr. arresto C. cass. 44 genn. 1856, Salomon, Dev., 4856, 1, 289).

Ineluttabile è siffatta affermazione; ma la nostra tesi non la osteggia meramente; dappoiché diciamo semplicemente le regole della collazione essere applicabili al conferimento della porzione della liberalità eccedente la quota disponibile, questa applicazione non arrecando offesa al diritto degli altri eredi

risguardati come riservatari (confr. Demante, t. III, n. 478 bis, II).

924. — La espressione *quota disponibile* implica la correlativa idea di *riserva* o *quota indisponibile*; e conseguentemente l'art. 841 si riferisce alla ipotesi in cui il defunto lasci effettivamente eredi riservatari.

Se per contrario non lasci eredi riservatari, siccome tutti i suoi beni sono disponibili, e potrebbe disporne senza restrizione a pro di un estraneo, così nulla osta al disporne altresì senza restrizione a pro di uno dei suoi successibili con esenzione dalla collazione (confr. art. 943, 915 e 916 — 829, 831 ed 832).

925. — B. Semplicissima è la nostra seconda regola (*supra*, n. 922).

Intendiamo affermare che il disponente, il quale potrebbe esimere assolutamente il successibile da ogni specie di collazione, sia in natura, sia col prendere tanto di meno, può viemaggiormente esimerlo soltanto dalla collazione in natura, lasciando a suo carico l'obbligo della collazione col prendere tanto di meno, ovvero, in altri termini, dichiarando l'oggetto della liberalità potersi conservare od ottenerne, per attribuzione, dall'eredità gratificata, il quale sarà tenuto semplicemente ad imputarlo su la sua porzione ereditaria (art. 845 e seguenti dagli art. 843 e 919 — 762 ed 815; confr. arresto C. cass. 9 feb. 1830, Boumarchand, D., 1830, I, 417; Demante, t. III, n. 477 bis).

Cotesta regola è segnatamente importante rispetto ai legati.

Ben presto ravviseremo se torni possibile lo statuire la collazione dei legati potere in alcuni casi farsi col prendere tanto di meno e per imputazione (*infra* n. 302 e seg.).

Ma, supponendo cotesta soluzione tornare inammissibile per tesi generale, ci sembra indubitato almeno che quando trattisi d'interpretare la volontà del testatore ed investigare se ebbe l'intendimento di concedere al legatario la facoltà di conservare l'oggetto legato, imputandolo su la sua porzione ereditaria, affermiamo sembrarci indubitato cotesto intendimento doversi di leguieri presumere; dappoiché, senza di ciò, il legato fatto ad uno degli eredi non produrrebbe alcuno effetto!

926. — Ora dobbiamo indagare in qual forma possa concedersi la esenzione dalla collazione, sia ampia, sia circoscritta, come dimostrammo (*supra*, n. 925); dappoiché è manifesto le stesse condizioni di forma essere applicabili all'una ed all'altra.

Ciò che risulta primamente dagli art. 843 e 919 si è tale esenzione potersi concedere non solo con l'atto stesso, racchiudente la donazione o il legato, ma eziandio con atto posteriore.

In vero era desiderabile che il disponente, il quale aveva fatto dapprima un vantaggio per anticipazione di eredità, potesse dichiarare dappoi, se volesse, che intendeva farlo in avvenire per ante parte: quindi, per esempio, il padre, dopo aver fatto al figliuolo una donazione senza esenzione da collazione, nel suo contratto di matrimonio, può fargli poscia cotesta donazione per ante parte.

Ma, siccome tal dichiarazione di ante parte costituisce di per sé una novella liberalità: o almeno un aumento, un'ampliazione, affermava Grenier (t. II, n. 493), dell'autorità liberalità, così è nopo che si faccia, a norma del diritto comune, nella forma delle donazioni tra vivi o per testamento (art. 893, 919 — 843, 835; ved. nondimeno *infra*, n. 929).

La dichiarazione posteriore di ante parte, inscritta in un atto qualsivoglia, sia privato, sia autentico, tornerebbe dunque inefficace, se l'atto medesimo non costituisce donazione tra vivi né testamento.

Con maggior ragione la dichiarazione di ante parte meramente verbale, anche quando venisse confessata, non potrebbe produrre veruno effetto (confr. Duranton, t. VII, n. 309).

927. — L'atto posteriore, onde viene concessuta la esenzione dalla collazione, può essere altronde indifferentemente una donazione tra vivi o un testamento, sieno qualunque il carattere e la forma dell'atto anteriore di disposizione, cui si riferisce (confr. Grenier, t. I, numero 491, 492; Marcadé, articolo 919, numero 1; Saintespès-Lescot, t. I, n. 416).

Nulla impedisco, per esempio, che la esenzione dal conferire una cosa trasmessa dapprima con donazione tra vivi, venga poscia concessuta per testamento.

Se non che ben si comprende l'atto posteriore andar sempre sottoposto alle forme ad esso proprie, e produrre gli effetti che gli sono particolari.

Quindi la dichiarazione posteriore di ante parte, fatta con donazione tra vivi, debbesi accettare (art. 931 — 855); dappoi che essa appunto formerà effettivamente il titolo del donatario per conservare la cosa, se accetti

dappoi la eredità; ma è pure irrevocabile (art. 892 — 812).

Quella per contrario fatta per testamento non abbisogna di venire accettata (art. 895 — 815); ma è pure irrevocabile, anche quando il vantaggio anteriore, che essa ha per scopo di esimere dalla collazione, fosse stato fatto tra vivi ed esso medesimo fosse irrevocabile.

928. — Quando la disposizione e la esenzione dalla collazione abbiano avuto luogo quindi successivamente con due diversi atti, la esenzione medesima non potrebbe ad evidenza produrre effetto retroattivo a detrimento de' terzi, i quali avessero acquistato diritti irrevocabili nello intervallo fra questi due atti; come se, per esempio, dopo la sua prima disposizione ed innanzi della dichiarazione di ante parte, il disponente avesse fatto, a pro di un altro, una novella disposizione con esenzione dalla collazione (confr. Grenier, t. II, n. 494; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 326).

929. — È forse indispensabile che la esenzione dalla collazione rinvienga in un atto rivestito delle forme della donazione tra vivi o del testamento?

L'affermativa sembra simultaneamente richiesta dagli stessi testi e da' principj.

Da un lato forse gli art. 843 e 919 non richiedono di fatti che la esenzione dalla collazione abbia luogo nella forma delle disposizioni tra vivi o testamentarie; e non ne conseguiva forse che la espressa dichiarazione richiedersi debbasi riavvenire, sia in un atto di donazione tra vivi, sia in un testamento?

D'altro lato, essendo la esenzione dalla collazione una liberalità di special natura, la quale consiste in una manifestazione di volontà meramente intellettuale, non è forse unisono a' generali principj del diritto, come a' principj particolari regolatori della sùbieta materia, potersi fare unicamente nella forma di una donazione tra vivi, e nella forma di un testamento, quando costituisca un legato (confr. Duranton, t. VII, n. 309).

Cotesta tesi sembra, ne conveniamo, sommarmente esatta, e non pertanto avvisiamo tornare troppo assoluta in cotesti termini.

Sembra di fatti incontrastabile, in conformità dell'art. 919 (*supra*, n. 926), che la dichiarazione di ante parte possa farsi soltanto nella forma delle disposizioni tra vivi o testamentarie, quando facciasi posteriormente all'atto racchiudente la donazione o il legato; e, circoscritta nella sua applicazione a cot-

sta ipotesi, la dottrina testè esposta torna al certo veridica, a parer nostro.

Ma l'art. 949 non riguarda l'ipotesi in cui la esenzione dalla collazione rinvengasi nell'atto stesso, che conferisce la liberalità.

Or non potrebbe negare cotesta ultima ipotesi essere diversa, e la tesi in esame non andare incontro a speciali obiezioni di somma gravanza.

Si è supposto, per esempio, che il padre, vendendo al figliuolo per 30,000 fr. un immobile che valga 50,000, dichiarò nell'atto di vendita essere suo intendimento gratificarlo per ante parte della differenza tra il prezzo stipulato ed il vero valore dello immobile venduto.

Cotesta dichiarazione di ante parte o esenzione dalla collazione sarà mai valida?

Esa non potrebbe esserlo al certo, qualora ammettasi, in tutte le sue conseguenze, la dottrina a norma di cui la esenzione dalla collazione potrebbe emergere soltanto da un atto rivestito delle forme, sia della donazione tra vivi, sia del testamento?

Ma tal conseguenza non sarebbe forse molto radicale?

In vero è mestieri del seguente dilemma:

O il vantaggio fatto dal padre al figlio, nella forma onde abbia avuto luogo, è nullo;

O è valido.

Se è nullo, la questione in disamina sparisce pienamente; e come il padre potrebbe, durante sua vita, dimandare la differenza tra il prezzo stipulato ed il vero valore dello immobile, così del pari i suoi eredi, dopo trapassato, potrebbero dimandarla, non in forza delle regole della collazione, ma da parte del loro autore, e per la stessa causa, per causa di nullità.

Ma se il vantaggio medesimo, nella forma in cui ebbe luogo, sia valido, se il padre, durante sua vita, non avesse potuto recedere, possono mai gli eredi suoi dimandarne la collazione? forse il vantaggio, se sia valido, non debbe valere interamente tal quale fu fatto? e puossi mai separarne la esenzione dalla collazione, la quale ne forma una delle condizioni costitutive, e la quale ne forma, per così dire, il modo di essere? avvisiamo piuttosto in simil caso, co' nostri dotti colleghi Aubry e Rau, doversi applicare la massima *accessorium sequitur principale* (sopra Zachariae, t. V, p. 325);

Or il vantaggio, tal quale il supponiamo, sarebbe valido fra il padre ed il figliuolo;

Dunque dovrebbe valere, verso e contro

tutti, con le modalità inseparabili dalla esistenza sua e dalla stessa sua validità.

930. — Anzi non converrebbe forse andare più oltre? e non dovrebbero forse statuire la esenzione dalla collazione con abbisognare di rinvenirsi in un atto qualsiasi, e poter emergere da esterne circostanze dimostrati all'obbietto la volontà del disponente?

Due opinioni, parimente estreme in senso inverso, sembrano campeggiare su tal punto:

Da un lato si è preteso essersi con giudicati statuito la esenzione dalla collazione poter emergere, sia dalla stessa donazione, sia da posterior testamento, sia dalle circostanze che precedettero, accompagnarono o seguirono quegli atti (confr. Dev., 1846, I, 544).

D'altro lato per contrario Demante insegna essere assolutamente inibito al magistrato lo investigare la probabilità della intenzione di esimere dalla collazione in estrosche circostanze, val dire fuori il testo dell'atto, puta della predilezione nota del disponente per uno de' suoi eredi (t. III, n. 177 bis, III).

Avvisiamo coteste due opinioni appalesarsi sotto formole troppo assolute:

Di fatti il pretendere la esenzione dalla collazione non abbisognare di rinvenirsi nell'atto di disposizione, nè in un atto posteriore, e potere unicamente emergere da estrinseche circostanze, è discoscere, sia lo stesso testo degli art. 843 e 919, i quali richiegono una espressa dichiarazione, nell'uno o nell'altro di questi atti, sia i veri principi in conformità de' quali una liberalità può farsi unicamente nelle forme dalla legge determinate (supra, n. 226). Quindi l'arresto della Corte di cassazione, invocato in questo senso (del 10 giugno 1846, Moutin), non sembra menomamente aver sancito cotesta dottrina: ciò che la Corte di cassazione statui si è che « in decisione (avverso la quale venne prodotto il ricorso), ha semplicemente determinato la volontà del comune autore delle parti, che essa ha fatto emergere da due atti contenziosi, dalle circostanze che li precedettero ed accompagnarono, o dalla positiva dichiarazione del loro autore; » val dire che la medesima decisione comprova, innanzi tutto, negli atti contenziosi, i quali precisamente erano nella specie atti di disposizione, una donazione tra vivi ed un testamento, la esenzione dalla collazione essersi scorta dalla decisione della Corte di Parigi

del 23 mag. 1844; e la sola conseguenza che puossi desumere da questo precedente si è, per valerci delle stesse espressioni di Troplong, il quale con massima esattezza l'ha desunta, che « le esterne circostanze possono prendersi in grave considerazione per risolvere la quistione di anteparte. » (*Delle donaz. e de' test.*, t. II, n. 886).

E ciò ci conduce alla disamina della seconda opinione, consistente nel sostenere esser vietato al magistrato lo indagare fuori dell'atto, ed in estrinseche circostanze la probabilità della intenzione del disponente. Non è forse questa altra esagerazione in opposto senso? o dal dovere la esenzione dalla collazione rinvenirsi nell'atto stesso di disposizione, o in atto posteriore, conseguita forse non potersi avere minimo riguardo alle esterne circostanze del disponente? tal conseguenza sarebbe troppo rigorosa: indubitabilmente è mestieri che la esenzione dalla collazione si rinvenga nell'atto stesso: noi opiniamo perfettamente così (*infra*, n. 954; e conveniamo gli articoli in disamina richiedere che vi sia espressa; ma precisamente per conoscersi vi si rinvenga secondo le condizioni dalla legge richieste, può esservi luogo ad interpretare l'atto medesimo; e di fatti ravviseremo tutte siffatte quistioni di collazione metter capo, quasi sempre, a quistioni d'interpretazione; or in tali specie di quistioni compete al magistrato perscrutare le circostanze del fatto, le quali possono servire a discovolare il vero senso dell'atto stesso, e conseguentemente la vera intenzione del disponente; e di fatti le estrinseche circostanze possono esser tali da far apparire, nel più luminoso modo, una esenzione dalla collazione nell'atto medesimo (*Confr.* Pothier, *Delle donaz. testam.*, cap. VII, sez. 1, § 5 regola; Merlin, *Rep.*, t. XVII, v. *Legato*, sez. VI, § p. 317 e 646).

931. — Del rimanente la quistione se la esenzione dalla collazione possa emergere da esterne circostanze annodasi ad altra quistione eziandio di scioglimento sommamente prodracica e di grave ampiezza, cioè se la esenzione medesima possa risultare dalle precauzioni prese dal disponente per mascherare la liberalità; e noi ben presto ci faremo a ragionarne (*infra*, numero 950).

932. — Abbiamo trattato della forma dell'atto in cui può inserirsi la esenzione dalla collazione.

Dobbiamo ora disaminare ciò che riguarda la forma della esenzione medesima.

All'obbietto l'art. 843 dichiara esser mestieri che le donazioni ed i legati sieno stati fatti espressamente a titolo di prelegato ed oltre la sua parte;

E l'art. 919, dopo avere pressochè riprodotto le stesse espressioni, soggiugne che la dichiarazione che la donazione o il legato è a titolo di anteparte o o di prelegato, potrà farsi . . . ec.

È uopo forse inferire da siffatti testi che la esenzione dalla collazione debbesi rinvenire letteralmente, in guisa da leggersi, per così dire una dichiarazione ad hoc?

Non crediamo che tale interpretazione siasi mai proposta; e per contrario è massima universalmente ammessa esser sufficiente le espressioni adoperate dal disponente, qualunque sieno alloronde, dimostrare ad evidenza la volontà sua di concedere la esenzione dalla collazione.

E di fatti il vocabolo *espressamente* adoperato negli art. 843 e 949 esprime al certo la stessa idea del correlativo vocabolo adoperato nella Novella di Giustiniano: *nisi expressim designaveris se relle non fieri collationem* (nov. 48; rap. IV; *supra*, n. 852); or si è sempre considerato esser sufficiente, nei paesi regolati da quella Costituzione, che la volontà del disponente fosse manifesta, ed essere il vocabolo *expressim* sinonimo di *evidenter* (*confr.* Lebrun, lib. 444, cap. VI, sez. 4, n. 10; Davot e Baunclier, lib. 444, trat. V, cap. IV, n. 6; Ricard, *Delle donaz.*, I.^a parte, p. 645).

Tutte le analogie ci conducono a cotesto risultamento: quindi, a norma dell'art. 1273-1227, comunque la novazione non si presuma, basta che la volontà di effettuarla risulti chiaramente dall'atto; e similmente, comunque l'art. 1392-1346 dichiara i coniugi non riputarsi aver contratto matrimonio sotto la regola dotale, se nel contratto di matrimonio non siasi fatta sopra di ciò una espressa dichiarazione, generalmente si è di accordo nello ammettere lo intendimento de' coniugi di adottare il sistema dotale poter risultare da ogni clausola, la quale le disveli in modo sufficientemente chiaro (*confr.* Merlin, *Quist. di dir.*, v. *Date*; Troplong, *Del contr. di matr.*, t. I, n. 415-418).

Finalmente soggiugniamo cotesta dottrina essere eminentemente uniforme all'ideale del nostro odierno diritto, il quale ha risuiziato al vecchio retaggio del formalismo delle sue sottigliezze di linguaggio, per far

prevalere dovunque le regole del buon senso o della buona fede.

Finalmente adunque la *espressa dichiarazione* di esenzione dalla collazione consiste in una manifestazione non equivoca della volontà del disponente.

Torna ineluttabile nel dubbio non doversi presumere lo intendimento di doversi ammettere, appena si manifesti in modo evidente (confr. arresti C. cass. 25 ag. 1812, Allomello, Sirey, 1812, I, 386; 20 feb. 1817, Polletier, Sirey, 1818, I, 64; 47 marzo 1825, Mandosse, Sirey, 1826, I, 70; 9 feb. 1830, Bonmarehand, Dev. 1834, I, 339; 7 lug. 1835, Defassis, Dev., 1835, I, 914; 20 marzo 1843, Lebas, Dev., 1843, I, 451; 20 dic. 1843, de St-Aman, Dev., 1844, I, 43; 42 ag. 1844, Cazaigne, Dev., 1845, I, 42; 40 giugno 1846, Montaur, Dev., 1846, I, 544; decisi. C. di Caen 2 dic. 1847, Soynard, Dev., 1849, II, 194; 16 dic. 1850, Godefroy, Dev., 1854, II, 415; Delvincourt, t. II, p. 39, nota 40; Chabot, art. 843, n. 17; e Belost-Jolimont, osserv. I; Toullier, t. II, n. 456; Duranton, t. VIII, n. 219; Demante, t. III, n. 477 bis, 414; Zachariae, Aubry o Rau, t. V, p. 325; Massé e Vergé, tom. II, p. 448).

933. — Laonde le quistioni relative al punto se la donazione o il legato siasi fatto o pur no con esenzione dalla collazione vanno considerato come quistioni d'interpretazione di volontà, val dire come semplici quistioni di fatto, la cui suprema compete a' tribunali o alle Corti imperiali; e di fatti la Corte di cassazione rigettò per tal motivo molteplici ricorsi prodotti avverso decisioni di questo genere.

Altronde siffatta dottrina debbesi applicare, come ben si comprende, al caso in cui la decisione de' giudici del fatto poggia su la valutazione delle particolari circostanze della causa; e diversamente avverrebbe, qualora la decisione fosse stata emessa, non solo in fatto, per interpretazione degli elementi della specie, i quali fossero di natura tale da disvelare la volontà del disponente, ma in diritto e per interpretazione de' testi medesimi della legge (confr. arresto C. cass. 25 ag. 1812, Allomello, Sirey, 1812, I, 386; 17 marzo 1825, Mandosse, Sirey, 1826, I, 70; 27 marzo 1850, Ricord, Dev., 1850, I, 292; 44 marzo 1853, Mourlot, Dev., 1853, I, 267; agg. l'altro 22 giugno 1841, Barbaud, Dev., 1841, I, 473; ed il tomo II, n. 367).

934. — La volontà del disponente di con-

cedere la esenzione dalla collazione può manifestarsi precipuamente in due modi, cioè:

A. Sia con speciale dichiarazione, letteralmente espressa all'obbietto;

B. Sia col complesso, col tenore e col ravvicinamento delle varie clausole dell'atto, senza rinvenirsi specialmente scritta in alcuna di esse, oppure semplicemente col carattere della stessa disposizione.

935. — A. La volontà del disponente di esimersi dalla collazione può, diciamo, manifestarsi con speciale dichiarazione, letteralmente espressa all'obbietto.

Laonde può adoperare le stesse formole indicate con gli art. 843 e 919: a titolo di *prelegato* o *antiparte*, o con dispensa dalla collazione.

Ed al certo cotesto partito è il migliore e più sicuro: noi bentosto ravviseremo, tra le formole che talvolta si adoperano come equipollenti, molte essere di natura tale da dar luogo ad obiezioni (infra, numero 944 e seg.).

Si è osservato non esser necessario adoperare simultaneamente le due formole a titolo di *prelegato* ed *antiparte*, come parrebbe dichiarare l'art. 843, ed esser sufficiente adoperare, sia l'una, sia l'altra, come dimostra l'art. 949, il quale in vece della congiuntiva e contiene la disgiuntiva o: a titolo di *antiparte* o *prelegato* (Grenier, t. II, n. 484; Duranton, t. VII, n. 218).

Ciò torna evidente.

Di fatti ciascuna di tali espressioni offre, anche separatamente, un senso compiuto, esprimente con pari vigore la volontà del disponente.

E non solo non è necessario adoperarsi simultaneamente l'una e l'altra espressione; ma anzi puossi non adoperare l'una nè l'altra; dappoichè la legge non richiede menomamente coteste formole di rigore: e quindi possono venire surrogate da ogni altra espressione o formola equipollente, quante volte espressamente appalesi la volontà del disponente.

936. — Chi vorrebbe mai per esempio, negarsi a scorgere una esenzione dalla collazione nell'atto in cui il disponente avesse dichiarato:

Che il donatario o il legatario cumulerà la liberalità con la porzione che debbe conseguire nella eredità;

Orvero che non sarà tenuto riporre nella massa l'oggetto donato o legato (confr. Levasseur, *Della donazione disp.*, p. 466).

937.—Oppure, se dopo avere fatto un legato ad uno de' suoi successibili, il testatore avesse aggiunto:

O che il resto de' suoi beni verrà diviso fra il legatario e gli altri successibili (confr. decis. C. di Torino 24 marzo 1806, Belli, Sirey, 1806, II, 434; Duranton, t. VII, n. 224; Demant, t. III, n. 477 bis, 3).

O che l'oggetto legato verrà congiunto alla quota ereditaria da spettare al successibile legatario I (confr. decis. C. di Parigi 15 piovoso anno XIII, Colin, Sirey, 1813, II, 330; Grenier, t. II, n. 484).

938.—Il *de cuius*, dopo aver fatto ad uno de' figliuoli una donazione tra vivi senza esenzione dalla collazione, ha scritto un testamento in cui dichiara che « intende tutti i beni, e quali si troveranno appartenergli in tempo di sua morte, doversi dividere tra' figliuoli in eguali porzioni. »

Cotesta clausola del testamento implica forse una esenzione dalla collazione della donazione tra vivi?

Lebrun non divisava così: « dappoichè la collazione, egli diceva, è un mezzo di conservare l'egualianza ... ed altronde, qualora il figlio si dichiara erede, le liberalità da lui ricevute dal defunto suo padre cominciano a formar parte de' beni della eredità ... » (Lib. III, cap. VI, sez. I, numero 40; agg. Davot e Bannelier, lib. III, trattato V, cap. IV, numero 6).

Ciò che sembra vero almeno si è essere equivoco sinigliante clausola, ed il più sicuro partito sarebbe di fatti lo attenersi generalmente alla soluzione di Lebrun, eccetto quando le altre disposizioni contenute nel testamento e le varie circostanze del fatto dovessero far prevalere una opposta interpretazione (confr. *infra*, n. 989 e seg.; arresti C. cass. 19 luglio 1836, de Montvert, Dev. 1836, I, 390; 10 giugno 1846, Montlaur, Dev., 1846, I, 511).

939.—Si è statuito esservi esenzione dalla collazione sufficientemente espressa nella dichiarazione la donazione o il legato venir fatto in forma di vantaggio, o per far godere il successibile de' vantaggi dalla legge permessi (confr. decis. C. di Parigi 28 lug. 1823, Labersac, Sirey, 1826, II, 23).

Nulladimeno il dubbio neppur sarebbe allora furse impossibile intorno alla vera volontà del disponente; dappoichè finalmente forse il vantaggio che abbia inteso fare non potrebbe consistere semplicemente nell'attribuzione

di una quota vantaggiosa, che avesse fatta al suo successibile, per accettarla in vece della sua porzione ereditaria (*infra* n. 943)?

940.—I motivi onde il disponente avesse spiegato e giustificato le liberalità da lui fatte ad uno de' suoi successibili, potrebbero altresì, secondo i casi, avuto riguardo alla natura di tali motivi ed alle espressioni adoperate dal disponente, manifestare sufficientemente la sua intenzione di concedere la esenzione dalla collazione.

Basterebbe forse aver dichiarato che, facendo cotesta liberalità, ebbe per scopo di ricompensare il suo successibile de' servigi rendutigli da costui?

La Corte di Bruxelles sembra avere giudicato per l'affermativa (decis. 22 nov. 1840, Herman, Dev. e Car., Collezione nuova; 3, II, 360).

Se si trattasse di semplice estinzione di debito, non andrebbe incontro a veruna difficoltà: il defunto avrebbe pagato, e non donato (confr. eziandio decis. C. di Bruxelles 18 feb. 1813, Butte, Dev. o Car., Collezione nuova, 4, II, 261).

Riserviamo puro la soluzione della questione se la liberalità rinuneratoria vada o pur no sottoposta a collazione (*infra*, n. 1018).

Ciò che noi andiamo indagando semplicemente qui si è qual sia lo effetto di tal dichiarazione de' motivi della liberalità, e se contenga una esenzione letterale dalla collazione.

Or la soluzione di cotesta questione nepper ci sembra andare immune da dubbio; dappoichè la liberalità del defunto ad uno de' suoi successibili ha potuto provenire dalla riconoscenza, e non pertanto non dovere, nel divisione del disponente, cumularsi con la porzione ereditaria: laonde avviseremmo doversi minutamente perscrutare in fatto il tenore dell'atto ed i particolari elementi del giudizio.

Ciò che possiamo affermare in generale si è la esenzione, in simil caso, potersi più di leggieri ammettere per un legato, segnatamente se fosse modico e ad evidenza inferiore alla quota ereditaria, che per una donazione tra vivi (confr. Valin su la cons. della Roccella, p. 336—338).

941.—B.—La manifestazione della volontà del disponente di esimere dalla collazione può, come affermammo (*supra*, n. 935), emergere ancora, sia dal complesso delle varie clausole dell'atto ravvicinate e contro-

tale, sia pur semplicemente dalla natura della disposizione stessa.

Cotesta dottrina sembra essersi oppugnata dal solo Levasseur, il quale pretende la esenzione dalla collazione doversi sempre manifestare con speciale dichiarazione, sia ne termini dalla legge indicati, sia almeno in termini equivochi; ma l'autore, il quale conviene tal soluzione poter sembrare singolare ed eziandio ridicola, egli medesimo non ne rende forse sufficiente giustizia? (*Della porzione dispon. p. 165*).

Di fatti, essendo qui la volontà del disponente il punto culminante cui è uopo attenersi, e non richiedendosi alcuna espressione di rigore, è manifesto doversi ammettere, quante volte si manifesti indubitabilmente, sia qualunque altronde la forma di tal manifestazione.

E noi avvisiamo potersi fermare come regola esser sufficiente all'obbietto che il compimento delle clausole dell'atto, o la natura della disposizione da cui vuolsi far emergere il prelegato, sia inconciliabile con l'obbligo della collazione; per modo che le clausole dell'atto o la particolare disposizione non potrebbero eseguirsi in quella guisa onde il disponente intese che fossero, se la collazione venisse richiesta.

Ecco la regola.

Quindi sommamente vasto è il campo delle applicazioni; e possono esservene tante quante disposizioni o determinazioni diverse convenne al disponente escogitare.

Non pertanto ora disamineremo alcuna fra le più importanti e pratiche.

942. — La universale disposizione, per esempio, fatta dal defunto a pro di uno dei suoi successibili, implica forse virtualmente la esenzione dalla collazione?

L'affermativa ci sembra indubitata, non ostante l'opposto sentimento di Levasseur (*Trattato della porzione disponibile, n. 452, 453; confr. eziandio la sentenza del tribunale della Senna del 28 giu. 1850, Monriot, riformata in grado di appello, Dev., 1853, I, 268*).

L'obbligo della collazione suppone necessariamente una divisione da fare tra i coeredi chiamati alla eredità e che vengono alla divisione, dichiarano di fatti i testi in esame (art. 843, 844 — 762, 763).

Or la universale disposizione fatta a pro di uno di essi esclude per contrario ogni divisione, dappoiché non potrebbe eseguirsi, se la divisione avesse luogo;

Dunque tal disposizione è inconciliabile con l'obbligo della collazione; dunque reputasi necessariamente a titolo di anteparte; dappoiché chi non è tenuto di dividere non potrebbe esser tenuto di porre in collazione.

E poco monta che gli altri eredi, in forza del loro diritto di riserva, possano dimandare una porzione della eredità; dappoiché da un lato, nell'intendimento del disponente, la loro esclusione era compiuta; e ciò basta per mostrare la liberalità andare immune dalla collazione; e d'altro lato non per azione di riduzione possono dimandare la loro riserva (confr. decisi. C. di Limoges 26 giugno 1822, Polissier, Sirey, 1822, II, 276; di Bastia 25 maggio 1833, Palmieri, Dev., 1834, II, 317; di Montpellier 9 luglio 1833, Delpeuch, D., 1832, II, 318; arresto C. cass. 14 marzo 1853, Mourlot, Dev., 1853, I, 267; Grenier, t. II, n. 485—488; Belost-Jolimont Chabot, art. 843, osserv. 1; Fouët de Confians, art. 843, n. 8; Saintesps-Lescot, t. II, n. 415; Troplong, *Delle donaz. e test.*, t. II, n. 883; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 326; Massé e Vergé, t. II, 395).

943. — Quistione, a parer nostro, di più procacioso scioglimento si è quella se debbasi ravvisare una esenzione dalla collazione nella disposizione avente per obbietto la quota disponibile.

Si è risposto affermativamente; e di fatti torna impossibile non convenire la espressione mia quota disponibile, o gli equipollenti, che si sogliono adoperare tutto ciò di cui la legge mi permette disporre, ec. immediatamente destare nella mente la idea di vantaggio conferito fuori ed indipendentemente dalle regole della trasmissione ereditaria intestata; e quindi implicare la volontà di un'attribuzione per anteparte, quando la disposizione si faccia a pro di uno de' successibili: dappoiché, se la collazione avesse luogo, la disposizione rinarrrebbe priva di effetti (confr. decisi. C. di Parigi 28 luglio 1825, Luberzue, Sirey, 1826, II, 23; di Caen 16 dicem. 1850, Godefroy, Dev., 1851, II, 415; ed Osservazioni, nota; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 327).

Tali motivi sono al certo gravi; e nondimeno abbiamo ancora degli scrupoli.

Per andare una liberalità fatta al successibile immune dalla collazione è mestieri che la volontà del defunto di concedere la esenzione medesima apparisca in modo non equivoco ed indubitato;

Or è mai vero cotesta volontà disvelarsi co-

si nella disposizione avente per obbietto la quota disponibile?

Esitiamo ad affermarlo.

E primamente suppongasì che colui al quale fu donata la quota disponibile non fosse erede presuntivo nel momento della donazione: chi potrebbe mai affermare che il defunto gli avesse fatto tal donazione, se avesse preveduto che dappoi, come erede, conseguirebbe una parte della eredità? la espressione quota disponibile potrebbe avere, in quella epoca nella sua mente, per iscopo di esprimere una esenzione dalla collazione, a pro del donatario che non abbisognasse di venire esonerato, dappoichè allora non era erede presuntivo! (art. 846 — 763; *supra*, n. 579.)

A prescindere eziandio da questa ipotesi, ed ammettendo che il donatario o legatario della quota disponibile fosse erede presuntivo, in tempo della donazione o del testamento, suppongasì la quota disponibile, onde venne gratificato, esser maggiore della sua quota ereditaria; per esempio un padre di sei figli, dona ad uno di essi la sua quota disponibile: ha voluto semplicemente attribuirsi una porzione migliore e lasciargli un quarto in vece di un sesto (art. 913 — 829); ha forse inteso per contrario dover cumulare la donazione o il legato con la sua quota ereditaria? lice dubitarne; dappoichè offrendo la liberalità al successibile un vantaggio maggiore della sua quota ereditaria, puossi supporre avere il defunto inteso dichiararsene contento. Nè conviene obbiettare che se la collazione avesse luogo, la liberalità rimarrebbe priva di effetto: indubitabilmente! ma non è forse questa la sorte di tutto le liberalità soggette a collazione, e segnatamente di tutti i legati non fatti a titolo di anteparte?

Dunque nel solo caso in cui la quota disponibile è donata o legata ad uno de' successibili fosse minore della sua quota ereditaria potrebbero con sicurezza affermare aver voluto il defunto esimerlo dalla collazione; dappoichè, se chi abbia tre figliuoli doni ad uno di essi la sua quota disponibile, la quale è del quarto, tornerebbe malagevole lo ammettere a cotesto figliuolo che manifestava la intenzione di vantaggio aver voluto lasciare in tutto e per tutto soltanto il quarto; mentre il figliuolo stesso avrebbe conseguito il terzo, se il padre non avesse fatto a suo pro veruna disposizione; ed eziandio in questo caso non potrebbero forse affermare altri figliuoli aver potuto sopraggiungere al padre, e diminuen-

do la porzione ereditaria di ciascun di essi, modificare le illazioni che desumonsi dalla circostanza cotesta quota ereditaria essere, nel momento della donazione, maggiore della quota disponibile?

Chechè ne sia, tutto ciò ci sembra dimostrare essere almeno un punto contruvertibile quello se la disposizione, avente per obbietto la quota disponibile, implichi la esenzione dalla collazione (confr. decis. C. di Caen, 2.^a cam., 14 luglio 1825, Loiseleur); e sarebbe plausibile rinvenirsi in oltre nell'atto elementi di natura tale da rivelare la volontà del disponente di fare cotesta liberalità per anteparte, come se, per esempio, ne avesse addotto per motivo i servigi che il donatario o il legatario gli avesse renduti, o le sventure che costui avesse sofferte, ec. (*supra*, numero 940).

944. — Incontriamo molto meno difficoltà ad affermare avere il disponente sufficientemente manifestato la volontà sua di concedere la esenzione dalla collazione; quando, nel fare una liberalità ad uno de' suoi successibili, l'abbia gravato di sostituzione a pro de' figliuoli nati e nascituri, in conformità degli art. 1048 e 1049 — 1003 e 1004.

Non pertanto si è preteso cotesto obbligo di restituzione, ovvero, per adoperare i vocaboli tecnici, cotesta sostituzione fedecommissaria non implicare la esenzione dalla collazione (confr. Delvincourt, t. II, p. 37, nota 3; Duranton, t. VII, n. 221 bis).

Ma cotesta dottrina non ci sembra ben fondata.

In vero la esenzione dalla collazione necessariamente emerge da ogni disposizione, la cui esecuzione, tal quale la volle il disponente, è inconciliabile con l'obbligo della collazione.

Or cosa mai di più inconciliabile, in persona del successibile donatario, con l'obbligo di conferire, val dire restituire alla eredità l'oggetto donato, dell'obbligo di conservarlo per sostituirlo a' suoi figli nati e nascituri?

Laonde la sola quota disponibile può formare l'obbietto di coteste specie di sostituzioni (art. 1048, 1049); il che implica sempre più la idea le liberalità così fatte doversi reputare a titolo di anteparte (ved. nondimeno *supra*, n. 253).

E ciò che li dimostra ancora, a parer nostro, sono gl'impacci cui va incontro la opposita dottrina, quando trattisi conoscere in qual modo dovesse seguire la collazione di

cotesia liberalità i quindi i dotti autori da noi citati insegnano che, se i beni donati al figliuolo gravato di sostituzione (o che sarebbe stato nondimeno obbligato di conferire) non cadono nella sua quota, si dovrà prelevare su la quota sua un valore eguale su cui si eserciterà la sostituzione! Anzi Duranton giunge sino ad affermare che i figli del donatario se gli sopravvivessero ed accettassero simultaneamente la sostituzione e la eredità, avrebbero regresso avverso i loro zii o zie per ripetere ciò che il padre loro avesse conferito oltre ciò che effettivamente dovesse...! (Loc. supra cit.).

Tutti questi espedienti, sì poco unisoni alla volontà del disponente sembrano abbastanza strani; e la stessa loro singolarità, la quale li pone sì manifestamente fuori le regole del diritto comune, costituiscono una pruova di più non esser dovuta alcuna collazione, in simil caso, nè dal figlio donatario, nè da' suoi figliuoli, nipoti del donante, se succedessero in qualsivoglia modo a costui: « atteso che, dice chiaro la Corte di cassazione, la sostituzione « su' beni dovuti spoglia il donante irrevocabilmente de' suoi medesimi... » dalle quali cose conseguita essere suo intendimento concedere, per tutti i casi, una esenzione dalla collazione (Decis. C. di Douai 27 genn. 4819, Prodel, Sirey, 1820, II, 497; arresti C. cass. 46 giugno 1830, Cannelli, D., 1830, I, 345; 23 feb. 1831, Jovial, D., 1831, I, 406; Fouët de Conflans, art. 832, n. 9, Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 327).

945. — Sembrerebbe essersi giudicato che la esenzione dalla collazione emerge altresì dalla natura della sostituzione volgare, e che, per esempio, il legato di una somma fatto dal padre alla figliuola, con clausola che, nel caso in cui morisse prima di lui, la somma legata appartenerrebbe a' figliuoli, puossi considerare come fatto per anticipate (confr. decis. C. di Limoges 5 mag. 1832; Des Assis; ed arresto C. cass. 7 lug. 1835, stesse parti, D., 1835, I, 390).

Ma crediamo esservi, su tal punto, come su tanti altri, grave differenza tra la sostituzione fedecommissaria e la sostituzione volgare; e noi nulla scorgiamo in questa che implichi, da parte del disponente, la volontà di esimersi dalla collazione il primo gratificato; nè il secondo chiamato pel caso in cui il primo ne conseguisse la liberalità (art. 898).

Quindi la decisione della Corte di Limoges sembra provenire da altre circostanze ancora,

le quali concorrevano a far considerare il legato come fatto per anticipate.

946. — Leggesi nell'arresto della Corte di cassazione del 23 febbraio 1831 che:

« La clausola di riverzione de' beni donati in favore del donante, in caso di premorienza del donatario, attribuisce di sua natura a quest'ultimo il diritto di conservarli, in caso di sopravvivenza... » (Jovial, D., 1831, I, 406).

E di fatti con quello arresto venne statuito che, nella specie, rinvenivasi esenzione dalla collazione.

Ma faremo qui ancora la stessa osservazione che facemmo intorno alla decisione della Corte di Limoges (supra, n. 945); cioè che l'arresto della Corte di cassazione trovasi anziandio fondato sopra altri motivi, e segnatamente pel rinvenirsi in fatto una fedecommissaria sostituzione.

Di fatti ci parrebbe impossibile il considerare una esenzione dalla collazione la stipulazione del diritto di riverzione a pro del donante, sia pel caso della premorienza del solo donatario, sia pel caso di premorienza del donatario e de' suoi discendenti; la quale stipulazione restringe il diritto del donatario in vece di estenderlo, ed il quale, ben lungi dal diminuire gli eventi di scioglimento della donazione, ve ne aggiunge un altro! (Confr. il tomo I, n. 472).

947. — Neppur potrebbesi rinvenire la pruova di una esenzione dalla collazione nella riserva di usufrutto, stipulata dal disponente a suo pro, nella donazione tra vivi da lui fatta ad uo de' suoi successibili.

È ben vero cotesia circostanza trovarsi notata nel su riferito arresto della Corte di cassazione del 23 febbraio 1831; ma non è dessa l'unica su cui poggia l'arresto medesimo (supra, n. 946).

È ben vero altresì leggersi in una decisione della Corte di Nancì, compilata da Troplong, « che l'idea di anticipazione di eredità suppone un emolumento della eredità conferita preventivamente e per soddisfare gli attuali bisogni; or la riserva di usufrutto togliendo al donatario ogni godimento ed ogni attuale vantaggio, la idea di anticipazione di eredità sparisce per dar luogo alla idea di un vantaggio immune dalla collazione... » (del 29 nov. 1834, Scallier, D., 1844, II, 405).

Ma è da riflettere siffatta considerazione essere la risposta ad un mezzo, il quale era, nella specie di quella decisione, desunto dal-

l' art. 918—934; e conseguentemente possi credere l' ampiezza sua non andare oltre le ipotesi definite ed eccezionalmente risolte con quello articolo (*infra*, n. 4090 e seg.)

Indubbiamente il mezzo invocato con quella decisione non va scerco d' importanza; ma non ci parrebbe decisivo nella questione che agittiamo, relativamente alla esenzione dalla collazione: di fatti forse il legato conferisce maggior vantaggio al legatario? e pure la legge impone farsi espressamente per anteparte: altronde cotesta donazione non conferisce forse eziandio al successibile il diritto di ritenere l' oggetto donato, rinunciando alla eredità?

948. — Se vi sia per contrario un modo di liberalità, il quale, per la forma sua ed il suo carattere, contenga necessariamente la esenzione dalla collazione, è desso la *divisione di ascendente*, sia tra vivi, sia per testamento.

Laonde avvisiamo i figliuoli condivisi non potere rispettivamente dimandare, gli uni avverso gli altri, la collazione de' beni compresi in tale atto, in qualsivoglia modo i beni medesimi vi si trovino compresi, sia che formino una delle quote, la quale fosse più considerevole delle altre, sia che formino l' oggetto di una liberalità dall' ascendente inserita nell' atto di divisione.

In vero l' obbligo della collazione, come già affermammo (*supra*, n. 942), suppone ad evidenza una divisione da fare tra le persone fra cui pretendesi sussistere l' obbligazione medesima;

Or i beni compresi nella divisione di ascendente non possono più formare l' oggetto di una divisione seguita tra' figliuoli, trovandosi fatta la divisione medesima (*red.*, art. 1077—1033);

Dunque la divisione di ascendente, per suo carattere, essenzialmente esclude ogni obbligo di collazione.

La collazione! ma sarebbe essa lo annientamento medesimo di cotesta divisione!

E tale affermazione è ben fondata non solo riguardo a' beni costituenti le porzioni eguali o ineguali di ciascuno de' figliuoli, ma eziandio riguardo a' beni che l' ascendente avesse espressamente donati o legati ad uno di essi, anche senza positiva clausola di anteparte: cotesta clausola implicitamente emerge dalla correlazione fra tutte le parti della divisione medesima; e l' ascendente, facendo una liberalità con un atto similgiante ha sicuramente

appealato la volontà sua di farla per anteparte; avvegnachè l' atto medesimo rende impossibile la divisione: or, se rende impossibile la divisione, rende per la circostanza stessa impossibile la collazione, la quale può aver luogo unicamente per dividere (*confr.* *decis.* C. di Limoges, 24 dic. 1835, Filloux, D., 1836, I, 297; di Caen 2 dic. 1847, Soynard, Dev., 1849, II, 493; Delvincourt, t. II, p. 39, nota 40; Chabot, art. 843, n. 9; Duranton, t. IX, n. 650; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 327; Demante Colmet de Santerre, t. IV, n. 245 b.s., I; Genty, *Delle di. is. di ascendenti*, n. 20).

949. — Converrebbe ammettere eziandio una esenzione dalla collazione nella clausola onde il defunto avesse incaricato uno de' suoi eredi di soddisfare, con la sua porzione tutti i legali da lui fatti, o soddisfarne una porzione più considerevole di quella di cui sarebbe stato tenuto in conformità del diritto comune: se fosse comprovato aver voluto effettivamente, gravando l' erede medesimo di tanto di più, gravare quindi di tanto di meno i suoi coeredi, costoro non sarebbero tenuti di conferire il vantaggio risultante per essi da tal differenza (*confr.* Delvincourt, t. II, p. 39, 40, Duranton, t. VII, n. 200).

950. — Dobbiamo ora risolvere la importante questione se debbasi ravvisare una esenzione nelle precauzioni prese dal disponente per nascondere la liberalità, onde abbia gratificato uno de' suoi successibili;

In altri termini, se lo donazioni mascherate, sia inercò interposizione di persona, sia con la veste di una operazione a titolo oneroso, vadano o pur no immuni dalla collazione.

Questione di arduo scioglimento! basterebbe, per somministrarne la pruova, rammentare tre ginreconsulti, fra' più illustri, avere abbandonato la soluzione che avevano dapprima sostenuta, per adottare la opposta soluzione, dando in tal congiuntura indubitabilmente un nobile esempio di buona fede! quindi Merlin, dopo avere insegnato le donazioni mascherate doversi considerare false con esenzione dalla collazione, ha finalmente sostenuto andar sottoposto a collazione (*confr.* *Qu. st. di diritto*, v. *Donazione*, § 5, n. 3, t. III, e t. VIII.) Similmente Chabot, il quale, nelle sue *Questioni transitorie* (v. *Donaz. mascherata*, § 2), aveva professato la tesi della esenzione dalla collazione, si è spigliato dappoi alla opposta tesi, nel suo

Comentario su le successioni (art. 843, n. 46); ed appunto anenra a quest' ultimo partito si è attenuto Grenier, dopo avere propugnato il partito opposto (confr. *Delle donaz.* e test., t. I, n. 480, e t. II, n. 513).

Siffatta grave contesa, la cui origine risale alla promulgazione del nostro Codice, non è ancora cessata, anzi ultimamente si è scritta la discussione non aver fatto sinora grandi progressi (Auhry e Ran sopra Zachariae, t. V. p. 330). Non pertanto ci sembra giusto riconoscere avervi sparsa immensa lume i lavori de' giureconsulti ed i giudicati; ma ciò che neppure potrebbesi dissimulare si è tutta quella massa di procedimenti sì molteplici, sì vari, con le contraddizioni e la confusione stessa talvolta, di cui non va immune, aver potuto arrecare altresì, in cotesto subbietto, novelle complicazioni e difficoltà.

954. — Due principai sistemi si vanno disputando il campo:

A. I propugnatori del primo insegnano che le donazioni mascherate, mercè interposizione di persona, « con la veste di contratto a titolo oneroso, producono di per sé una virtuale esenzione dalla collazione, tranne quando il defunto ve le abbia espressamente sottoposte;

B. Per contrario i propugnatori del secondo sostengono che le donazioni medesime rimangono sottoposte all' obbligo della collazione, eccetto quando il defunto ne le abbia esonerate.

Ma, circa il punto in qual modo, in questo particolare caso, la esenzione dalla collazione possa comprovarsi e riconoscersi, non scisma si è manifestato fra' propugnatori di questo secondo sistema; e di qui è sorta una mista dottrina, prevalente oggidì in giurisprudenza e costituente un terzo sistema intermedio fra' due altri.

Noi ci faremo a disaminare ciascun di essi.

Ma primamente ben si comprende non dover noi qui disaminare la questione se le donazioni mascherate sotto forma di vendita od altra operazione a titolo oneroso sieno o pur no valide: la disamina di tal questione dovrà seguire nel Titolo delle donazioni tra vivi e de' testamenti, dove sarà agitata: tornerebbe inopportuna nel Titolo delle successioni, nel capitolo delle Collazioni, il quale solo attualmente costituisce il nostro subbietto. Dunque supporremo la validità di queste specie di donazioni, la quale altronde trovasi già da lungo tempo ammessa pressochè uoiversal-

mente: di fatti cotesta validità è il punto da cui necessariamente debbe prendere le mosse la nostra discussione; dappoichè, se le donazioni fossero nulle, i coeredi ne dimanderebbero avverso il loro coerede non la collazione, ma la nullità; e costui non potrebbe sottrarvisi, eziandio rinunziando.

952. — A. Il primo sistema consiste nel sostenere le donazioni mascherate trar seco di necessità, di per sé, la esenzione dalla collazione.

Non è stato propugnato della stessa guisa da' vari autori che l'han professato: nondimeno erediamo potersi riassumere in tre principali argomenti i diversi mezzi addotti in suo appoggio.

Siffatti mezzi vengono desunti, sia da' generali-principi in materia di simulazione, sia da' principii particolari in materia di collazione, sia finalmente da parecchi articoli del Codice:

1. È inconcusso principio, dicesi, esser lecito fare indirettamente ciò che la legge permette fare direttamente; e da ciò conseguita che quando le parti abbiano rivestito la disposizione o la loro convenzione di una determinata forma, di per sé legale e regolare, la disposizione o convenzione medesima debbesi valutare secondo l' apparente sua forma, anche quando si adducesse la disposizione o la convenzione non aveva effettivamente il carattere attribuito da cotesta forma apparente, ed altronde non si adduca avverso la pretesa simulazione verun motivo di frode; anzi la stessa simulazione può addurarsi, sotto questo rapporto, soltanto in due casi, cioè, sia perchè costituirebbe una frode alla legge o a' diritti de' terzi; sia perchè una delle parti volesse abusare dell' apparente forma dell'atto per fargli produrre effetti opposti alla loro comune intenzione. Eccetto questi due casi, la regola potersi fare indirettamente ciò che puossi fare direttamente riassume il suo impero; ed un invincibile motivo impedendo squarciarsi il velo che copre la verace natura dell'atto medesimo debbesi eseguire, ut sonat, con gli effetti emergenti dalla forma apparente che le parti gli hanno attribuita: per esempio, se abbiano manifestato voler una vendita, l'atto debbesi eseguire come vendita, anche quando fosse effettivamente una donazione, qualora le parti, le dichiararono voler fare una vendita, avessero potuto del pari dichiarare voler fare una donazione;

Or si suppone che il defunto, il quale for-

mò con uuo de' suoi successibili un contratto di cui venga adottata la simulazione, avrebbe potuto fargli ostensibilmente donazione dell'oggetto trasmessogli col contratto medesimo, e non ha voluto sottrarsi ad alcuno de' divieti della legge relativamente alla capacità personale di ricevere o alla disponibilità de' beni;

Dunque sorge una barriera avverso ogni pretesione, la quale tendesse a verificare il carattere più o meno sincero di questo atto: dunque l'atto stesso, il quale rinvienesi regolare nella forma, come contratto a titolo oneroso, debbesi eseguire come contratto a titolo oneroso: dunque, per una serie d'ineluttabili conseguenze, da tale atto non potrebbe discendere l'obbligo della collazione, il quale trovasi imposto a' donatari, e non a' compratori a titolo oneroso.

Nè tampoco potrebbe porre in campo siffatta pretesione, senza distruggere la base su cui poggia la dottrina della validità delle donazioni mascherate sotto forma di contratti a titolo oneroso: in vero tal base costituisce una barriera avverso chiunque non qualifici frodolenta la oppugnata simulazione; e conseguentemente il motivo stesso che induce a statuire esser valida la mascherata donazione debbe far del pari statuire andar immune dalla collazione;

2. Obbiettasi a questo sistema la sua conclusione poter tornare spesso contraria alla verace volontà del defunto, il quale, mascherando la liberalità sua, poteva avere avuto per motivo non di esimersi dalla collazione il successibile gratificato, ma ovviare a diritti di mutazione più considerevoli o antivenire gelosie fra' membri della sua famiglia.

Ma, si è risposto, così ragionando, si scambia la questione, che non consiste tanto nel conoscere con quale intendimento il defunto ricorre alla simulazione, quanto nel determinare se questa tragga seco o pur no, in conformità de' principi che la regolano, una virtuale esenzione dalla collazione.

Di fatti chi ricorra alla forma di una vendita, o di ogni altra simulazione, per fare una donazione, debbe sapere cotesta forma, da lui adoperata, di per sé, necessariamente escludere l'obbligo della collazione.

Ebbene il dilemma:

Se non vuole che la donazione medesima venga conferita, debbe attenersi alla forma: è uopo che prescelga;

Se per contrario vuole che, non ostante tal forma, il successibile veda sottoposto al-

l'obbligo della collazione, può dichiararlo ed imporgli l'obbligo stesso; conviene che il dichiararsi e glie lo imponga: sia per atto separato, sia per segreta convenzione; ed allora gli altri successibili potranno dimandare la collazione, perchè trovansi in uno de' due casi di eccezione testè additati, val dire perchè, se il successibile gratificato invocasse la simulazione per esimersi dalla collazione, farebbe produrre a cotesta simulazione effetti opposti al verace intendimento del suo autore.

Si è pure obbiettato l'uso della simulazione non impedire al donante il concedere una espressa esenzione dalla collazione, dappoichè la esenzione medesima può concedersi con atto separato (art. 949—835), e conseguentemente, se è vero che chi abbia fatto una vendita simulata ad uno de' suoi successibili non potrebbe, senza smentire sè stesso e senza disvelare, con una flagrante contraddizione, il genuino carattere dell'atto che voglia nascondere, scrivere la esenzione dalla collazione nell'atto stesso di vendita, nulla impedisce che egli scriva la esenzione medesima in separato atto rivestito delle forme del testamento o della donazione.

Indubitatamente il disponente può, se tale sia il suo intendimento, sottoporre il successibile alla collazione con separato atto, ma se per contrario intenda esimerne, nulla ha a fare; e la simulazione da lui adoperata è sufficiente all'obbietto.

3. Finalmente i prougnatori di questo sistema pretendono rinvenire appoggio negli stessi testi del Cod.; e particolarmente invocano gli art. 847, 849, e 918—766, 768 ed 834.

Da un lato, dicesi, dagli art. 847 ed 849 emerge la donazione o il legato fatto per interposta persona trar seco virtualmente esenzione dalla collazione: di fatti non potrebbesi provare che il figliuolo o il conginge del successibile sieno persone intermedie incaricate di restituire l'oggetto della donazione o del legato al successibile personalmente; dappoichè, esistendo supponendo dimostrato questo fatto, la legge scorgerebbe in tal simulazione la prova di una esenzione dalla collazione: or cotesto motivo debbe avere la stessa forza, qualunque sia la persona intermedia onde siasi servito il defunto: dunque la donazione mascherata col mezzo della interposizione di persona trae seco necessariamente virtuale esenzione dalla collazione, in conformità degli articoli 847 ed 849.

E si è voluto desumere la stessa consequen-

za dall' art. 918, relativamente alle donazioni mascherate sotto l'apparenza di contratto a titolo oneroso: di fatti come mai sarebbe possibile, si è detto, spiegare che le donazioni mascherate, di cui trattasi in questo articolo, andassero immuni dalla collazione, mentre le altre donazioni mascherate vi andrebbero per contrario sottoposte! (*confr.* decis. C. di Colmar 40 dic. 1813, *Sierischer*, *Sirey*, II, 829 (4); di Nîmes 45 marzo 1819, *Arnaud*, *Sirey*, 1820, II, 73; di Grenoble 6 lug. 1821, *Barbier*, *Sirey*, 1830, II, 78 alla nota; di Lione 22 giugno 1825, *Solichon*, *Sirey*, 1825, II, 366; di Bordò 20 luglio 1829, *Carpentier*, *Sirey*, 1829, II, 298; di Tolosa 7 lug. 1829, *Corsic*, *Dev.*, 1830, II, 114; di Tolosa 9 genn. 1830, *Ribes*, *Dev.*, 1851, II, 84; di Nîmes 25 apr. 1853, *Pottl*, *Dev.*, 1855, II, 57; di Grenoble 24 genn. 1834, *Verdat*, *Dev.*, 1837, I, 714; di Caen 26 marzo 1833, *Jean*, *Dev.*, 1837, II, 160; 4 mag. 1836, *Barbot*, *Dev.*, 1837, II, 160; 23 mag. 1836, *Foulon*, *Dev.*, 1837, II, 160; di Bordò 27 apr. 1839, *Sarland*, *Dev.*, 1839, II, 209; agg. pure arresto C. cass. 9 marzo 1837, *Verdat*, *Dev.*, 1837, I, 714; *Toullier*, t. II, n. 474; *Vazeille*, art. 84, n. 5, *Malpel*, n. 266; *Poujol*, art. 843, n. 8; *Fonlès de Conflans*, art. 843, n. 44; *Belosi-Jolimont* sopra *Chabot*, art. 843, osserv. 4; *Toullier*, t. III, p. 342 e seg.; *Marcadé*, art. 834, n. 45; *Massé*, *Dissertazione*, nella collezione nuova di *Dev. e Car.*, t. IV, p. 365; *Aubry e Rau* sopra *Zachariae*, t. V, p. 327, 332; *Massé e Vergé*, t. II, p. 405—406).

953. — B. Ora ci faremo ad esporre il secondo sistema, quello consistente nel sostenere le donazioni mascherate non produrre di per sé la esenzione dalla collazione.

Comechè non pretendiamo al certo discernere la possanza della su riferita argomentazione, nulladimeno opiniamo cotesto secondo sistema doversi anteporre, come il più consono, sia a' testi medesimi del Codice, sia allo essenziale divisamento che formò quei testi:

4. A norma dell' art. 843 — 762, qualunque erede, ancorchè beneficiario, concorrendo ad una eredità, deve conferire a' suoi coeredi tutto ciò che abbia ricevuto dal defunto per donazione tra vivi, sì *direttamente* che

indirettamente: egli non può ritenere le cose donate, nè reclamarle i legati a lui fatti dal defunto.

È questa la regola generale, cui l' ultima disposizione dello stesso articolo arreca una sola eccezione nella seguente guisa: « eccetto che le donazioni ed i legati gli sieno stati fatti espressamente a titolo di prelegato » ed oltre la sua parte, o con la dispensa dalla collazione; »

Or, quando una liberalità venne fatta dal defunto ad uno de' suoi eredi, sia per mezzo di interposta persona, sia con la veste di contratto a titolo oneroso, torna manifesto cotesto erede aver ricevuto la liberalità medesima *indirettamente* dal defunto;

Dunque trovasi sottoposta alla regola generale; dunque debbe conferirla, tranne quando possa invocare la eccezione, val dire quando cotesta liberalità siagliasi fatta espressamente per anteparte.

Regolare ci sembra siffatto sillogismo.

Non per tanto se ne è oppugnata la premessa: si è preteso esser mestieri distinguere le donazioni *indirette* dalle donazioni *mascherate*, e l' art. 813, unicamente relativo alle prime, non applicarsi per contrario menomamente alle seconde; anzi si è invocato l' articolo 1099 — 1053 per inferirne tal distinzione tornare unisona alla terminologia del nostro Codice.

Faremo a cotesta obbiezione due risposte:

E primamente il senso della espressione si *direttamente* che *indirettamente* rinviasi, rispetto a noi, determinato nel più positivo modo dalle tradizioni del passato: di fatti è noto i compilatori dell' art. 843 aver desunto cotesta formola dalle opere di Pothier.

Or Pothier l' adoperò per interpretare l' articolo 303 della consuetudine di Parigi, il quale dichiarava che: « i genitori non possono, per donazione tra vivi e disposizione di « ultima volontà, o diversamente, in qualsiasi modo, vantaggiare i propri figliuoli, che « concorrono alla eredità loro, l' uno in detrimento dell' altro; » e, soggiugnendo la consuetudine, con la espressione in qualsiasi modo, sottoporre alla collazione tutti i vantaggi tanto *diretti* quanto *indiretti*, Pothier additava quali esempi di vantaggi *indiretti* precisamente le donazioni mascherate, sia per

(1) Non citiamo l' arresto della Corte di Cassazione del 13 agosto 1817 (*Letenne*, *Sirey* 1817, I, 385) da cui possono dedursi nondimeno molti argomenti nel tempo stesso in sostegno dell' uno e dell' altro sistema, ma precipuamente

perchè non correbbasi effettivamente alcuno di essi: la questione della collazione è da reputare non risolta con quello arresto.

interposta persona, sia con la veste di contratto a titolo oneroso (*Della success.*, cap. IV, art. 2, § 2; ed Introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 77);

Dunque i compilatori dell'art. 843, i quali desunsero dalle opere di Pothier la espressione sì direttamente che indirettamente, intero attribuirle la stessa significazione.

Anzi tutto ciò serve pure di risposta a quelli fra' propugnatori dell'opposto aiste ma i quali pretesero, in modo molto più radicale, che l'art. 843 non riguarda affatto le donazioni mascherate, per la ragione che nessuno degli articoli del Codice ne parla; che di fatti il Cod. e non avendo contemplato quelle donazioni, non ha potuto determinare i loro effetti né contemplare i casi in cui dovessero e quelli in cui non dovessero conferirsi; e che conseguentemente non già nel Codice, ma in sé stesso è uopo indagare le condizioni della loro esistenza ed il principio de' loro effetti... » (*Massé, Collez. nuova di Dcv. e Car.*, t. IV, p. 367; *Massé e Vergé sopra Zachariae*, t. II, p. 406; aggiugue eziandio *Coin-Delisle, Rivista crit. della giurisprudenza*, 1851, p. 457). Ciò supporrebbe i compilatori del nostro Codice non aver posto mente neppure a quelle forme di liberalità, le quali rappresentavano, nell'antica materia delle collazioni, parte sì rilevante, e di cui Pothier, le opere del quale servirono loro di tipo, lungamente occuparsi! (*Confr. pure Lebrun, lib. III, cap. VI, sez. III, n. 70 seg.*);

Or tal supposizione ci pare impossibile; e tutto l'opposto, se i compilatori del Codice non parlarono specialmente delle donazioni mascherate, la ragione si è che eglino le riguardarono per quel che effettivamente sono con somma verità, val dire come donazioni indirette. Anzi l'art. 472 del progetto Jacqueminet dichiarava:

« La vendita fatta ad uno de' coeredi dal defunto va considerata come vantaggio indiretto sottoposto a collazione, qualora non s'abbia menzione nell'atto di vendita della destinazione del prezzo della cosa venduta, » se l'erede non dimostri l'uso fattosene in « conformità della destinazione medesima. » (*Fenet*, t. I, p. 425).

La nostra seconda risposta si è che la distinzione, che pretendesi stabilire fra le donazioni indirette e le mascherate, non è di per sé monomamente esatta. In vero è manifesto ogni donazione non diretta essere necessariamente indiretta: quale è la donazione

diretta? è quella fatta diretta via, pel retto sentiero, per la vera strada! conseguentemente ogni donazione fatta al contrario per via obliqua, per istrada non diretta, costituisce una donazione indiretta: quindi ci pare impossibile concepire una donazione non diretta né indiretta! Dunque le donazioni mascherate sono donazioni indirette: il vero si è semplicemente le donazioni indirette essere di due specie; alcune patenti, le altre latenti, ma le une e le altre non essere al certo sempre del pari donazioni indirette; e l'articolo 1099—1053 dichiara precisamente ciò quando dopo aver compreso, nella generica disposizione del suo primo comma, tutti i modi qualsivogliano, onde volessero indirettamente farsi donazione, soggiugne, nel suo secondo comma, una disposizione speciale a cotesti nodi indiretti, i quali assumessero in oltre la forma della simulazione (*confr., Rivista crit. di legisl.*, 1857, t. X, p. 58 e seg., articolo del consigliere Lafontaine).

Dunque rimane dimostrato la regola generale stabilita nell'art. 843 sottoporre all'obbligo della collazione le donazioni mascherate del pari che tutte le altre donazioni.

2. Ebbene! sia pure! rispondono i propugnatori del sistema da noi combattuto: tutte le donazioni andranno, se ensi vi piace, comprese nella regola; ma cosa importa, se la eccezione è necessariamente applicabile alle mascherate donazioni! or come mai negare avere il defunto inteso esimere il suo successibile dalla collazione, quando l'abbia vantaggio sotto forma la quale di per sé escluda ogni obbligo di collazione?

La discussione, come ben si scorge, muta aspetto: in vero tale obbiezione appoggia le donazioni mascherate andar comprese nell'art. 843: ciò che ora si sostiene si è l'unico fatto di mascheramento trar seco virtuale esenzione dalla collazione.

Ma sul novello campo dove si riporta, cotesta dottrina neppur ci sembra fondata in fatto né in diritto:

In fatto non è ben fondato lo affermare il mascheramento costituire una prova inconcussa della volontà del disponente di vantaggio il suo successibile per anteparte: di fatti altri motivi, pienamente estranei alla esenzione dalla collazione, han potuto indurlo ad adottare cotesta forma: ha potuto temere, se ostensibilmente vantaggiasse uno de' suoi successibili, lo eccitare nell'animo degli altri gelosie e invidia: nel caso in cui abbia

ricorso alla forma di un contratto a titolo oneroso, ha potuto altresì avere per unico motivo il sottrarsi alla osservanza dispiacevoli solennità, e soprattutto diminuire i diritti di registrazione, la cui proporzione è molto minore negli atti a titolo oneroso che negli atti a titolo gratuito; e queste considerazioni son tali che, non ostante la forma dell'atto, sarebbe temerità affermare essere suo intendimento essere stato lo annientare la eguaglianza fra suoi eredi.

Altronde in diritto d'onde mai può emergere semplicemente la esenzione dalla collazione? l'art. 843 dichiara esser mestieri di una espressa dichiarazione, val dire richiedersi due condizioni, cioè:

1. Che la dichiarazione medesima si rinvenga nello stesso atto: questa volontà diceva Jaubert, *debe leggersi nella stessa disposizione*! (Esposizione del titolo delle donazioni e de test. t. XII, p. 590).

2. Che vi si rinvenga espressa, val dire se non in termini di vigore, almeno per indubitati equipollenti! Il legislatore, il quale desidera la eguaglianza ed assai difficilmente suppone aver voluto il defunto dipartirsene, gli ha imposto l'obbligo di manifestare la sua intenzione nell'atto stesso in indubitabile modo; e non ha voluto ammettere semplici presunzioni di fatto, le quali sarebbero sempre più o meno incerte ed arbitrarie: or il fatto del mascheramento della liberalità non costituisce al certo una espressa dichiarazione di esenzione dalla collazione nell'atto medesimo: d'altro lato il vero si è potersene desumere una semplice presunzione di fatto: dunque in diritto non potrebbeasi ammettere la esenzione dalla collazione poter emergere dallo stesso mascheramento della liberalità.

E quando invocasi la massima la simulazione potersi opporre unicamente allorchè costituisca una frode alla legge o a' diritti de' terzi, possiamo precisamente rispondere la esenzione tacita costituire una frode alla legge, la quale, in materia di collazione, richiede una espressa esenzione per distruggersi la eguaglianza (Arg. dall' art. 854 — 773; ved. pure *infra* n. 4067).

3. Tal è pienamente lo spirito onde trovasi concepito l'art. 853—772, il quale, supponendo che convenzioni a titolo oneroso abbiano avuto luogo tra il defunto ed uno dei suoi successibili, dichiara che costui non sarà tenuto alla collazione, purchè le dette convenzioni non contenessero al momento in cui vennero fatte alcun indiretto vantaggio.

E l'art. 854 non costituisce forse altresì la testual prova la mascherate donazioni non andare immuni dalla collazione, quando soggiunge:

« Non è pure dovuta collazione alcuna in conseguenza delle società contratte senza frode tra il defunto ed uno de' suoi eredi, quando le condizioni sieno state regolate con un atto autentico. »

I predetti articoli tornano, a parer nostro, d'impossibile spiegazione nell'opposto sistema!

Laonde è mestieri seorgere i propugnatori del sistema medesimo in contrasto con quei due testi, e la manifesta inutilità de' loro conati per farli piegare, se lice così esprimermi, forzatamente a sorreggere la loro dottrina.

Quindi primamente si è preteso trattarsi, negli art. 853 ed 854, unicamente di vantaggi indiretti fatti in modo patente! (Aubry e Rau sopra Zachariae, tom. V, pag. 331).

Ma è ciò sicuramente disconoscere l'assoluta generalità del testo; e non sappiamo come mai vi si potrebbe ovviare, qualora, per esempio, una società tra il defunto ed il suo successibile contenesse un mascherato vantaggio!

Si è voluto spiegare la espressione senza frode, adoperata nell'art. 854, affermando dinotar semplicemente « cessare la esenzione dalla collazione, quando le clausole della società, comunque non assolutamente illecite, si dipartano nondimeno a pro del successibile dall'e regole di equità a norma di cui si determinano d'ordinario i rispettivi diritti de' soci! » (Aubry e Rau sopra Zachariae, t. V, p. 319).

Val dire cotesto articolo non risolverebbe più una quistione di capacità nè di riserva, si bene una quistion di contratto di società, cioè se una determinata clausola sia più o meno consentanea alle regole della equità! Ma qui non trattasi delle clausole permesse nel contratto di società, nè tampoco della capacità di ricevere o della riserva; si trattasi della sola collazione; e con gli art. 853 ed 854 s'intende risolvere una quistion di collazione.

Eh! dunque per qual ragione ancora essere uopo di un atto autentico nel caso contemplato con l'art. 854? Spieghisi, se si possa, tale obbligo imposto dalla legge, nel sistema onde viene inseguito il semplice mascheramento della liberalità trar seco la esenzione dalla collazione! (*Infra*, n. 4064).

Ma, dicesi, la espressione *senza frode* tornare allora inesplicabile in tutti i sistemi; avvegnachè non potrebbe scorgersi *frode* nel fare indirettamente ciò che potrebbe direttamente fare; e la esenzione dalla collazione mascherata non potrebbe qualificare frodolenta, quando sarebbe potuto espressamente concedere!

Conveniamo quella espressione adoperata nell'art. 854 poter costituire nel nostro Codice un vestigio e quasi una reminiscenza delle antiche consuetudini di eguaglianza (*supra*, n. 866); ma ci sembra nondimeno potersi ancora logicamente giustificare, in conformità del novello sistema sancito dal legislatore del 1804.

In vero qual è mai la differenza fra l'antico sistema delle consuetudini di eguaglianza e l'odierno sistema del nostro Codice?

La differenza si è che, mentre un tempo la collazione doveva necessariamente aver luogo, senza potersi concedere veruna esenzione dal disponente, oggi per contrario la collazione può non aver luogo, ma a condizione che il disponente ne avrà conceduto la espressa esenzione.

Ebbene! il vocabolo *frode* risponde, con relativa significazione, a ciascuno di tali sistemi:

Un tempo la frode consisteva nel sottrarre alla regola della collazione le liberalità, che non potevano menomamente venirne esonerate;

Oggidi la frode consiste nel sottrarre liberalità alla regola della collazione, senza osservare la condizione onde soltanto il Codice permette la eccezione a cotesta regola, val dire senza concederne una espressa esenzione.

4. Dunque ci sembra dimostrato (e noi altre volte torneremo a ragionarne *infra*, num. 4067) gli art. 853 ed 854 potersi spiegare sol quando si ravvisi il Codice sottoporre alle regole generali della collazione le donazioni mascherate del pari che tutte le altre donazioni.

E, al punto in cui siamo pervenuti, crediamo essere agevole il confutare gli argomenti che si han voluto desumere, nello interesse dell'opposto sistema, da alcuni altri testi del Codice; intendiam parlare degli art. 847, 849 e 948—766, 768 ed 834.

La nostra risposta fu già data, relativamente agli art. 847 ed 849: crediamo aver dimostrato, spiegando l'origine di quegli articoli, non poggiare affatto oggidì sopra una

presunzione d'interposizione di persona (*supra*, n. 887, 888); e rendendo irraccettabile la prova d'interposizione di persona, che si volesse fare in questi casi particolari, costituiscono di fatti particolari disposizioni; talchè tornerebbe impossibile il generaleggiare cotesta disposizione affatto speciale della legge (arg. dall'art. 4350 — 4304). Del resto possiamo osservare in fatto la interposizione di persona costituire un mezzo assai di raro adoperato per esimersi una liberalità dalla collazione: ben si comprende l'uso di questo mezzo, quando tratti di eludere un divieto qualsiasi della legge (red. art. 944, 4099 e 4100 — 827, 4053 e 1054); ma in materia di collazione, in cui potrebbero vantaggiare lo stesso successibile, sia ostensibilmente, sia mercè mascherate liberalità, la utilità della interposizione di persona torna al certo molto minore; quindi la pratica ne offre pochi esempi; e nella maggior parte le questioni di tal genere annodansi a liberalità fatte allo stesso successibile col mascheramento di contratto a titolo oneroso.

Da ultimo, rispetto all'art. 948 — 834, è ancor caso ad evidenza una speciale ed eccezionale disposizione.

A suo luogo commenteremo siffatta disposizione, che gli stessi compilatori del nostro Codice, con somma verosimiglianza, non avrebbero escogitata, e che si fecero a riprodurre per l'unico motivo di averla rinvenuta nella legge del 47 nevoso anno II.

Che che ne sia, con quello articolo si contemplano tre specie di alienazioni a titolo oneroso, che abbiansi potuto fare tra il defunto ed uno de' successibili: val dire l'alienazione a rendita vitalizia, o a fondo perduto o con riserva di usufrutto; e viene statuito che il valore della piena proprietà de' beni così alienati si dovrà imputare su la porzione disponibile, e che l'eccedente, se ve ne sia, si dovrà conferire nella massa: dunque, affermarsi, entro il limite della porzione disponibile, l'alienazione medesima trae seco virtualmente esenzione dalla collazione.

Ciò torna ben vero! ma basta considerare il particolar carattere di coteste specie di alienazioni per iscorgere il motivo che potette indurre il legislatore a riguardarle così eccezionalmente.

Di fatti che cosa mai son quelle alienazioni? è perfettamente ignoto: forse a titolo oneroso o a titolo gratuito? ciò sembra dubbio ed equivoco; ed allora il legislatore ha

stabilito una specie di transazione: mentre da un lato dichiarava considerarle come imputabili su la porzione disponibile ed immuni dalla collazione: così rattenendo, mercè indulgente disposizione, ciò che la sua disposizione primitiva potesse racchiudere di rigoroso, qualora, per avventura l'alienazione, da lui presunta a titolo gratuito, fosse per contrario a titolo oneroso!

E ciò che vie maggiormente dimostra quanto il predetto art. 918 sia eccezionale si è il non applicarsi in alcun caso a' successibili in linea collaterale, e, eziandio in linea retta, non potersi invocare da quei successibili, i quali avessero consentito alle alienazioni medesime, e ne avessero quindi riconosciuto il verace carattere.

Laonde concludiamo le donazioni mascherate non andar immuni dalla collazione.

Avverso siffatta tesi si è mossa una ultima obbiezione, la quale al certo non va scesa da gravanza; e Toller particolarmente v' insistete:

« Ammettete, egli dice, che le convenzioni fra una persona ed uno dei suoi successibili vadano sottoposto a collazione, quando contengano indiretto vantaggio anche minore della porzione disponibile; e voi schinderete il varco ad una infinità di litigi: tutti gli atti, tutte le convenzioni più indispensabili della vita civile verranno dalla cupidigia invertiti in atti frodolenti e simulati per mascherare un vantaggio; e siccome la frode provasi per mezzo di testimoni e di presunzioni, siccome converrà spesso valersi di periti, così possi ravvisare qual vasto campo trovisi schiuso alla cavillazione! » (T. II, n. 474).

Primamente possiamo rispondere, con lo stesso onorevole annotatore di Toller, che « lo difficoltà e gl' inconvenienti che una opinione possa presentare, non bastano per lasciarla in abbandono, quando attonde sia consona ai veri principii. » (Duvergier, loc. supra, n. 475, nota a.)

Ed al postutto non è da reputare indifferente compensamento di siffatte difficoltà ed inconvenienti il conseguire, come ad evidenza, a creder nostro, volle il legislatore, che venga la eguaglianza serbata fra' successibili sino a quando il loro comune autore non abbia espressamente dichiarato intendere di annientarla (confr. decis. C. di Brusselle 30 mag. 1812, Paternoster, Sirey, 4813, II, 46; di Grenoble 10 lug. 1819, Roulot, Dev. 1830,

II, 78, in nota; di Brusselle 26 lug. 1820, Verbeke, Dev. e Car., *Collez. nuova*, VI, II, 295; di Tolosa 10 giugno 1820, Ignotet, Dev., 1830, II, 78; di Mompellieri 26 feb. 1830, Lacombe, D., 1830, II, 233; di Agen 13 giu. 1831, Mataly, D., 1831, II, 227; di Parigi 19 lug. 1833, Guilbeau, Dev., 1833, II, 297; di Nanci 26 nov. 1834, Scallier, Dev., 1835, II, 63; di Mompellieri, 21 nov. 1836, Boyer, Dev., 1837, II, 360; di Limoges, 30 dic. 1837, Blancherie, *G. del F.*, 1839, II, 274; Merlin, Grenier, Chabot (*loc. supra*, n. 250); Delvincourt, t. II, p. 424, nota I; Duranton, t. VII, n. 343 e seg.; Coulon, *Quist. di diritto*, t. III, p. 470; Pont. *Rivista di legist.*, nuova serie, 1843, t. I, p. 284, e *Collez. nuova* di Dev. e Car., t. V, p. 362; Demante, t. III, n. 187 bis, V, e VI; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 698; Troplong, *del e Donaz. tra vivi e Test.*, t. II, n. 863.)

954. — C. Ma, nel sistema onde viene insegnato le donazioni simulate andar soggette a collazione, sorge ora l'altra questione: in qual modo il disponente potrà, in tal caso, accordare la esenzione dalla collazione?

Qui scindonsi, come accennammo, i propugnatori di siffatto sistema, (*supra*, num. 951).

Secondo una dottrina oggidì sommamente accolta in giurisprudenza, tra le donazioni dirette e le mascherate sta la differenza che la espressa dichiarazione di esenzione dalla collazione, richiesta per le prime, non è necessaria per le seconde; e che per queste la prova della intenzione del defunto di esimere il successibile dalla collazione può emergere da presunzioni indipendenti dalla simulazione e lasciate alla valutazione del magistrato: « la giurisprudenza è fermata, dice Troplong: essa disamina i casi, bilancia le circostanze; pronunzia pro o contra la esenzione dalla collazione, secondo la impressione prodotta da' fatti su la coscienza de' magistrati. » (*delle donaz. e test.*, t. II, n. 863; confr. decis. C. di Nanci, 26 nov. 1834, Scallier, D., 1835, II, 105; arresti C. cass. 20 marzo 1843, Lebas, Dev., 1843, I, 451; 20 dic. 1843, de St. Amans, Dev., 1844, I, 43; 10 nov. 1852, Reynoard, Dev., 1853, I, 289; 16 luglio 1855, Dornier; 6 nov. 1855, Viel, Dev., 1856, I, 215—251; 31 dicembre 1855, Conder, Dev., 1857, I, 200; D. *Rac. v. Success.*, n. 1123.)

Nulladimeno sarebbe stato nopo che cote- sta giurisprudenza avesse conseguito tutti i

suffragii in dottrina; ma pel converso vi è stata vivamente oppugnata; e, rispetto a noi, avvisiamo del pari potersi contro di essa rivolgere la seguente stringentissima argomentazione:

1. Se le donazioni mascherate vaa sottoposte alla collazione, la ragione si è andar soggette alla regola stabilita con la prima parte dell' art. 843 — 762;

Or, se trovassero sottoposte all'a regola, possono andarne immuni per la sola eccezione apportata alla regola medesima, e scritta sulla seconda parte dello stesso articolo, a norma di cui le donazioni suscettive di collazione possono venirne esonerate soltanto in forza di espressa dichiarazione di esenzione;

Dunque, andando le donazioni mascherate soggette a collazione, non possono, al pari di tutte le donazioni suscettive di collazione, venirne esonerate dalla collazione medesima se non in forza di espressa dichiarazione di esenzione.

2. Di fatti l'art. 843 si compone di due correlative e connesse disposizioni, le quali non potrebbero venire scisse; o piuttosto costituisce unica disposizione, le cui due parti trovansi inseparabilmente anaodate l'una all'altra; talchè torna impossibile dichiarare applicabile la prima, senza rendere, per questa medesima circostanza, inevitabile del pari l'applicazione della seconda!

Ciò premesso addivene indispensabile il seguente dilemma:

O l'art. 843 non è applicabile alle donazioni mascherate, ed in tal caso le donazioni stesse non vanao sottoposte all'obbligo della collazione; avvegnachè non rinviensi più assolutamente verun testo per sommottervele; o tanto precisamente sostengono i propugnatori del primo sistema! (*supra*, n. 952);

O per contrario l'art. 843 è applicabile alle donazioni mascherate; ed in tal caso le donazioni medesime, al pari delle donazioni dirette, possono andare immuni dalla collazione solo in forza di espressa dichiarazione di esenzione;

Or si conviene essere l'art. 843 applicabile alle donazioni mascherate, e le donazioni stesse andar sottoposte alla collazione, in forza della prima parte del medesimo articolo, la quale astringe l'erede a conferire tutto ciò che abbia ricevuto direttamente o indirettamente: gli stessi su riferiti arresti della corte di cassazione letteralmente disaminano cotesta prima parte dell' art. 843, la quale di fatti

costituisce la base legale e l'unica possibile base della dottrina, in conformità di cui le donazioni mascherate debbono venir dichiarate soggette a collazione;

Dunque fa di mestieri altresì convenire poter venir esonerate dalla collazione solo in forza di espressa dichiarazione; dappoichè quello articolo trovasi siffattamente concepito da doversi assolutamente applicare in tutte le sue parti, ovvero non applicarlo in alcuna!

I su citati arresti, dopo aver disaminato l'art. 843 per dichiarare le donazioni mascherate sottoposte alla collazione, per rispetto a coteste specie di donazioni, evvi eccezione al principio generale; val dire che i propugnatori di questo sistema riconoscono non applicare la seconda parte dell' art. 843 dopo avere applicato la prima!

Ma dunque cotesta eccezione al principio generale dove mai rinviensi scritta?

E quando il principio trovasi formulato in termini tanto generici quanto quelli degli articoli 843 e 919 — 772 e 835, i quali per ben due volte lo riproducono, come mai ammettere una eccezione in sostegno di cui non potrebbero invocare alcun testo!

3. Chi non ravvisa del pari cotesta dottrina presentare precisamente gli incovenienti ed i pericoli, che il legislatore volle antivenire, statuendo la esenzione dalla collazione poter emergere soltanto da espressa dichiarazione in atto rivestito delle forme della donazione tra vivi o del testamento!

La vero ciò che il legislatore volle evitare si è la incertezza e l'arbitrio delle presunzioni, che sarebbesi potuto voler desumere dalle esteriori circostanze del fatto, per scoprirvi la volontà del disponente di accordare la esenzione dalla collazione; e per lo appunto così dischiudesi il varco a siffatte incertezze ed a siffatto arbitrio.

La voce di espressa dichiarazione di esenzione dalla collazione ammettonsi tutte le presunzioni qualsivogliano emergenti dalle circostanze, e conseguentemente altresì tutti i generi di prove; avvegnachè si è giunto, e ciò tornava inevitabile! sino a dimandare di provare per mezzo di testimoni la volontà del disponente di accordare la esenzione dalla collazione! (*confr.* arresto C. cass. 10 nov. 1852; Reynold, *Dev.*, 1853, I, 289).

Parimente, se si richiedesse che i pretendenti, mercè di cui si preteudesse stabilire cotesta prova venissero attinti nello stesso atto racchiudente la simulazione, ciò potrebbesi di

leggeri comprendere; anzi, in quanto a noi, avviseremmo i termini dell'atto simulato potere esser tali da contenere veramente espressa esenzione dalla collazione: l'arresto del 16 luglio 1855 venne omesso dalla corte di cassazione in una specie di tal genere (Dornier, Dev., 1853, I, 246); allora diciamodivise che l'atto simulato, dichiarandosi valido, dovrebbe valere di fatti in tutte le sue parti, e tal qualo il defunto espressamente volle farlo (confr. *supra*, n. 929).

Ma no! i propugnatori di questa dottrina permettono al magistrato investigare prove o presunzioni non solo nell'atto stesso, ma dovunque in tutti gli elementi o indizii qualsivoglia; anche quando nessuna specie di presunzione o indizio emergesse dall'atto medesimo!

4. Ma allora non sorge forse una bene strana contraddizione?

Come l se la liberalità, in vece di esser stata mascherata in atto a titolo oneroso, si fosse fatta apertamente in solenne atto di donazione tra vivi, non potrebbe far emergere la esenzione dalla collazione dalle circostanze che avessero preceduto, accompagnano e seguito la donazione: qualunque si fossero tali circostanze, e per quanto decisive potessero sembrare, nulla potrebbe in questo caso far le veci di una espressa dichiarazione della volontà del disponente, sia nell'atto stesso di donazione, sia in un atto posteriore di donazione o testamento (art. 919).

E, trovandosi in liberalità mascherata in un atto a titolo oneroso, dovranno ammettersi tutte le prove e tutte le presunzioni!

Al certo è ciò concedere ad un atto simulato un favore che non godrebbe un atto sincero: or precisamente questo non vollero concedere i propugnatori della dottrina, la quale statuisce che il mascheramento della liberalità non trae seco la esenzione dalla collazione!

Dunque cotesta dottrina non si smentisce di per sé, quando concede che se la esenzione non emerge dal semplice fatto della simulazione, può almeno provarsi mercè presunzioni attinte fuori dell'atto ed indipendenti dalla simulazione, nelle esteriori circostanze del fatto?

Il vero si è che cotesta dottrina, per siffatta compromettente concessione, infinitamente si ravvicina al sistema i cui propugnatori pretendono, in termini assoluti, che la simulazione, di per sé sola, trae seco la esenzione dalla collazione: anzi l'unico modo, a pa-

rer nostro, onde potrebbe impredere a spiegarla logicamente, tende sempre più a forniare di essa l'intima alleata di quel sistema!

Di fatti ciò che potrebbe affermare, per ispiegarla cotesta dottrina, si è che la esistenza e la validità delle donazioni simulate dipendono non dalla osservanza di alcune forme speciali, ma dal complesso delle circostanze, la cui valutazione compete al magistrato (confr. arresto C. cass. 3. ag. 1844, Verdat, Dev., 1844, I, 624); or, se i magistrati possono decidere, secondo tali elementi, della esistenza della donazione simulata, possono conseguentemente altresì, secondo i medesimi elementi, decidere della sua maggiore o minore ampiezza, e delle diverse modalità onde potette farsi: « Avendo il magistrato, dice Demante, ogni latitudine per istituire se vi sia o pur no donazione, debbono di necessità, averla per decidere se la donazione abbia maggiore o minore estensione » (t. III, n. 187 bis, VI); e nello stesso senso altresì Troplong ha insegnato la esenzione in tal caso non abbisognare di venire espressa, essendo in natura rei (delle Donaz. e test., t. II, n. 863).

Eh! ma ecco precisamente ciò che affermano del pari i propugnatori del sistema, il quale pretende che la simulazione, di per sé sola, traggia seco la esenzione dalla collazione; ed in ultima analisi l'unica differenza fra esso e questo intermedio sistema della giurisprudenza si è che, in conformità del primo, la simulazione costituisce una presunzione legale; mentre, in conformità del secondo, costituisce una semplice presunzione: or, insoddata l'affinità di questi due sistemi, e riconosciuta la comunanza del loro principio, non torna forse manifesto che tutti gli argomenti onde dimostrammo, in forza dell'art. 843, tornare inammissibile il primo sistema? (confr. Ducaurroy, Bonnier o Rostaing, t. II, n. 698, nota 1; Pont, *Osserv.*, nel *G. del F.*, 1853, I, p. 1; *Rivista crit. di giurispr.*, 1853, p. 449 e seg.; Devilleneuve, *Osservaz.*, 1843, I, 451, e 1853, I, 289).

Nulladimeno siffatta intermedia dottrina prevale oggidì nella pratica; e forse non bisogna meravigliarsene: la esenzione dalla collazione è una questione di volontà; e noi abbiamo, nelle idee nostre e nelle moderne abitudini, grave tendenza ad invertire tutte le questioni di volontà in questioni di fatto e di valutazione.

955. — La stessa dottrina si è parimente applicata ai doni manuali.

È ben vero essersi preteso che i doni manuali eziandio patenti, val dire quelli stessi fatti ostensibilmente, vadano immuni dalla collazione, atteso la loro natura, e pel motivo che il donante, il quale prescelse una forma di disporre che non lasciava alcuna traccia, intese non dovere la liberalità andar soggetta a collazione (confr. decis. C. di Bordò 2 maggio 1831, Lopes-Dias, Dev., 1838, II, 324; Vazeille, art. 843, n. 20, Toullier, t. III, p. 346).

Ma questa prima opinione sembra si opposta al positivo testo dell' art. 843 da tornare assolutamente inammissibile (*infra*, numero 1028).

Altri esonerano soltanto dalla collazione i doni manuali occulti, val dire quelli fatti segretamente; e gli esimono dalla collazione, applicando il sistema in conformità di cui il mascheramento della liberalità true seco, di per sé solo, siffatta esenzione (confr. Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 843, osserv. 4).

Da ultimo a norma della intermedia dottrina sancita dalla Corte di cassazione, la conseguenza manuale non è sufficiente di per sé sola per provare la intenzione del disponente di esimere il dono dalla collazione; ma la prova della intenzione medesima può emergere dalle varie circostanze del fatto (confr. arresto C. cass. 12 ag. 1814, Gazagnaire, Dev., 1845, I, 42; decis. C. di Rouen 12 mag. 1845, Helluy, Dev., 1845, II, 464; di Rouen 24 lug. 1845, Milon, Dev., 1846, II, 405; di Montpellier 14 giugno 1846, Jullian; e di Tolosa 13 maggio 1846, Dario, Dev., 1848, II, 441-446; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 332; Troplong, *Delle donaz. e de' test.*, t. II, n. 763).

Rispetto a noi, opineremmo che se si volesse esattamente tener dietro a' testi del nostro Codice (art. 843 e 949), ed al principio proclamato da' testi medesimi, dovrebbero statuire i doni manuali andar sottoposti alla collazione e poterne venire esonerati solo mercè espressa dichiarazione nella forma comandata con quelli articoli.

E ben vero essersi affermato da Regnaud de Saint-Jean d'Angely che « quando il padre non istimò conveniente accettare titoli che un giorno si potessero opporre al figliuolo, torna manifesto aver voluto il padre donare senza veruna condizione di collazione. » (Fenet, t. XII, p. 67).

Ma l'oratore esprimevasi così intorno ad altro fatto; e poi alla per fine non mai alle individuali opinioni emesse nel corso delle discussioni fa di mestieri formarsi per iscoprire il verace e diffinitivo senso della legge; avvegnacchè quante opinioni di siffatto genere non furono talvolta avventurate! si bene è uopo attenersi al testo medesimo della legge tal quale venne scritto e sancito, ed al suo spirito disciolto dal complesso della intera discussione; or da cotesti due elementi discende, a creder nostro, la esenzione dalla collazione non potersi inforire dalle esterne circostanze (confr. *infra*, n. 1028; Duranton, t. VII, n. 305—307; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 405.)

956. — I modi, onde una liberalità può venire mascherata, sono sì svariati da tornare impossibile il prevederli tutti.

E ben vero sembrare il contratto di vendita essere il mezzo più ordinario usitato all' uopo; ma sonovene pure ben altri:

A cagion di esempio, la quietanza rilasciata dal *de cujus* ad uno de' suoi successibili di una somma che avesse ricevuta;

O la soppressione della dichiarazione di un prestito fattogli;

O la restituzione della dichiarazione medesima al soprascrittore;

O la quietanza rilasciata di un conto dovutogli dal successibile;

Ovvero, affermava Pothier, se il padre, mercè transazione sopra un conto di tutela, si dichiarasse verso il figliuolo debitore di somma maggiore di quella effettivamente dovutagli, ecc. (*Delle success.*, esp. IV, articolo 41-42).

Sia qualunque la forma della simulazione, la dottrina, applicabile alle liberalità mascherate, sembra dover essere sempre la stessa; e conseguentemente secondo che adottassero uno de' tre sistemi da noi testè esposti (n. 253—254), converrà statuire:

Sia che la liberalità mascherata, con qualsiasi simulazione, va immune dalla collazione pel semplice fatto della simulazione medesima.

Sia che essa può andarne immune unicamente in forza di espressa dichiarazione, in conformità degli articoli 843 e 949;

Sia da ultimo che puossi in tali casi desumere la prova della esenzione dalla collazione delle altre circostanze particolari del fatto (confr. decis. C. di Douai 44 gen. 1858, Debay, *G. del F.*, t. I, 1859, p. 63).

IV.

Quarta condizione per andar sottoposto all' obbligo della collazione: è necessario concorrere alla successione.

SOMMARIO.

957. — L' erede rinunziente può ritenere la donazione o dimandare il legato fattogli dal defunto. — Per qual ragione?
958. — La rinuncia dell' erede donatario o legatario senza esenzione dalla collazione produce gli stessi risultamenti della esenzione dalla collazione conceduta all' erede donatario o legatario accettante.
959. — Continuazione.
960. — Continuazione.
961. — L' erede rinunziente può ritenere la donazione fattagli, senza aver potuto il disponente diminuirla entro i limiti della quota disponibile col fare posteriori liberalità.
962. — *Quid*, nulladimeno, se la donazione gli viene fatta espressamente a titolo di anticipazione di eredità?
963. — *Quid*, se il disponente avesse espressamente apposta per condizione alla donazione ovvero il donatario, la qualsivoglia orazione, restituito l' oggetto donato alla eredità ancora potersene esimersi con la rinunzia?
- 963 bis. — Continuazione.
964. — L' art. 845, comunque tratti del solo erede rinunziente alla eredità, è nondimeno applicabile a chi ne venne escluso come legatario, ed al donatario trapassato prima dell' apertura della successione del donatore.

957. — Gli art. 843 ed 844 — 762 e 763 avevano già dichiarato andar sottoposto alla collazione l' erede concorrente alla eredità... che venisse alla divisione (agg. art. 949 — 835).

E l' art. 845 — 764 specialmente riferma tal disposizione nel seguente modo:

« L' erede che ripudia l' eredità può non ostante ritenersi le donazioni tra vivi, o reclamare i legati a lui fatti, fino alla concorrenza della porzione disponibile. »

Siffatto articolo è addivenuto la sede delle più acerrime contese; e non pertanto sembra potersene dare una ben semplice e chiara spiegazione; dappoichè la spiegazione medesima logicamente discende da tutti i principii, sia della materia delle collazioni, sia della materia delle donazioni tra vivi e de' testamenti.

La collazione è dovuta dal coerede al proprio coerede (art. 837 — 776); o ciò torna evidente; dappoichè la collazione ha per iscopo di stabilire fra coeredi la eguaglianza della divisione;

Or l' erede rinunziente reputasi non essere stato mai erede (art. 785 — 702);

Dunque l' erede rinunziente non potrebbe andar sottoposto alla collazione, non essendo coerede, nè venendo alla divisione.

In altri termini l' erede rinunziente reputasi in avvenire un donatario o legatario estraneo, *alienus ab haereditate* (L. 22, §. 4, Cod. *De jure deliber.*); e conseguentemente può ritenere la donazione o dimandare il legato fattogli al pari di un estraneo.

Tali erano precisamente le espressioni adoperate nell' art. 454 del progetto denominato di Jacqueminot (Fenet, t. II, p. 450).

Per qual ragione quello inciso non venne riprodotto nel nostro art. 845, il quale è altronde concepito pressappoco negli stessi termini degli art. 454 e 460 dei su riferiti progetti? non se ne rinviene la spiegazione nei lavori preparatori; ed avvisiamo avere, Coin-Delisle ragionevolmente affermato essersi tal frase tolta via come inutile, e come uno di quei ramuscelli paranti troppo numerosi nel progetto Jacqueminot, che i membri della sezione di legislazione dovettero spesso recidere (*Limite del diritto di ritenzione*, ec., n. 302).

Di fatti ciò che ci sembra indubitato si è la regola, di cui la formola degli articoli dei due progetti era la motivata espressione, costituire la stessa regola ancora assolutamente su cui poggia l' art. 845.

E cotesta regola ancora si è che il legislatore, atteso la rinunzia dell' erede, rispetta in avvinire il carattere del suo titolo di donatario o legatario, in conformità degli art. 741, 894 ed 895 — 632, 814 ed 815; regola di logica e di ragione; dappoichè l' erede, al postutto, ha un titolo legale di trasmissione nell' atto di donazione tra vivi o nel testamento fatto a suo pro dal defunto; e regolarmente ha diritto di dimandarne gli effetti al pari di ogni altro donatario o legatario!

Indubitatamente il legislatore ha pure, da parte sua, diritto di dire all' erede medesimo che nol chiamerà alla successione intestata, di cui gli compete la distribuzione, che ve lo chiamerà sotto condizione di porre in collazione la donazione o di non dimandare il legato fattogli dal defunto; ma soltanto con questo mezzo indiretto il legislatore può colpire il titolo dell' erede donatario o legatario; sol quando l' erede stesso vi dia occasione, se possa così esprimersi, e consenta, nel concorrere alla successione, alla condizione sotto cui unicamente il legislatore gli permetto concorrervi.

Donque quando per contrario l'erede rinunzi, il legislatore non ha più, contro il suo titolo di donatario o legatario, alcun mezzo di azione, alcuno spediente efficace! e questo erede, divenuto estraneo alla successione, debbe di fatti logicamente potere ritenere la donazione o dimandare il legato fattogli del defunto, come ogni altro estraneo, donatario o legatario (V. il tomo III, n. 28 e 45).

Ecco quanto risulta dai principii e dalla logica del diritto.

Ed altronde forse non è consentaneo eziandio alla ragione ed alla giustizia che il figliuolo, instituito dal padre, possa pogiare, nell'occorrenza, sul dono fattogli, come potrebbe pogiare sul dono fattogli da un estraneo! (confr. Denante, t. IV, numero 42 bis, VI.)

958. — Da ciò è mestieri conchiudere, a parer nostro, che la rinunzia dell'erede, donatario o legatario senza esenzione dalla collazione, produce, sotto questo punto di veduta, lo stesso risultamento della esenzione dalla collazione conceduta all'erede donatario o legatario accettante: diciamo lo stesso risultamento nel senso:

1. Che in entrambi i casi l'erede donatario può ritenere la donazione o dimandare il legato fattogli dal defunto;

2. Che in ambedue i casi può ritenere la donazione il legato medesimo sino alla concorrenza della quota disponibile (confr. ar. resto C. cass. 5 marzo 1856, Vaufraydaz, Dev., 1856, I, 385.)

E ciò segnatamente, circa questo ultimo risultamento, per la circostanza che gli art. 844 ed 845 — 763 e 764 stabiliscono l'assimilazione fra queste due ipotesi; avvegnachè gli articoli medesimi, i quali sussistono ed annodansi ad evidenza l'uno all'altro mercè lo stesso concatenamento d'idee, riguardano di fatti entrambi le restrizioni, che lo stabilimento delle riserve apporta alla facoltà di disporre per ante parte (1).

959. — Ma precisamente questa assimilazione, che crediamo dovere, da parte nostra, qui assodare, ha eccitato le più vive proteste!

Qual, differenza, per contrario, si è detto, sta mai fra la esenzione dalla collazione e la rinunzia!

La esenzione dalla collazione! è dessa l'opera del disponente; e se allora l'erede donatario o legatario vien trattato come estraneo, la ragione si è che lo stesso disponente volle così nel concedergli la esenzione medesima.

Ben diversa è la rinunzia, qualo è il fatto personale dell'erede donatario! non avendo il disponente esonerato dalla collazione, ha precisamente inteso che la donazione fattagli venisse messa in collazione; val dire che ha inteso fargli semplicemente una donazione preventiva alla successione, una semplice anticipazione di eredità, ... *tamquam futuro haeredi* ... *in accelerationem commodi futurae successiois* (Molineo su la cons. di Parigi, art. 26); val dire, in buona sostanza, che ha inteso trattare il successibile, rispetto alla donazione medesima, non come estraneo, ma come erede: dunque non può dipendere dal fatto personale del successibile lo snaturare così profondamente il carattere della donazione in disprezzo della volontà del donante!

Da questo punto muoiono tutte quelle contante gravi e complicate quistioni e di quota disponibile e di riserva, d'imputazione e cumulatione, e le quali da lungo tempo si agitano intorno a siffatto importante subbietto, e le quali sonosi negli ultimi tempi sì energicamente riaccese! Altri argomenti, e del più elevato ordine ancor vi empeggiano, desunti dai gravi interessi della patria potestà, delle famiglie e dello Stato medesimo!

Non è questo il luogo proprio di profondamente disaminare siffatta tesi; e già affermammo averne differita la disamina al titolo delle donazioni tra vivi e dei testamenti, cui naturalmente appartiene.

Vogliamo semplicemente qui presentare tre osservazioni, le quali ci sembrano discendere dagli stessi principii regolatori del nostro attuale subbietto:

1. La obiezione essero ingiusto lo assimilare la rinunzia alla esenzione dalla collazione, dappoichè in vece di essere, come questa, lo adempimento della volontà del disponente, ne costituisce per contrario la trasmissione, sarebbesi potuto fare indubitabilmente allo antiche consuetudini, come quelle di Parigi e di Orleans, le quali, nel

(1) L'art. 841 dichiara: *sino alla concorrenza della quota disponibile*, e l'art. 845: *sino alla concorrenza della porzione disponibile*. Apparecchiamente queste due formule sono sinonime (supra, art. 806, 918, 919 e c. § 185, 854, 855); e

quando si è voluto imprendere a stabilire differenza fra l'una e l'altra, si è al certo dato l'esempio più singolare di quelle sottigliezze grammaticali, che benistimo Con Delella (loc. supra, numero 900), di cui l'art. 845 fa l'oblietto!

violare al padre di famiglia di esimere il figlio donatario dalla collazione, permettendogli nondimeno al figliuolo medesimo di riterere la donazione, rinunciando alla eredità: sistema mendace, avrebbersi potuto affermare, per cui il padre reputavasi non poter distruggere la eguaglianza a suo piacimento, ma che permetteva al figliuolo annientarla contro la paterina volontà! (confr. Coin-Delisle, loc. *supra*, n. 21).

Ma sotto l'impero del nostro novello Diritto, il quale permette al disponente lo accordare la esenzione dalla collazione, ci pare esser quest'obbiezione molto scemata di vigoria! avvinguacchè il disponente, nel fare la donazione ad un de' suoi futuri successibili, può ben reputarsi egli medesimo attribuire a cotesto successibile la facoltà di scegliere fra la donazione e la sua porzione ereditaria futura, fra la conservazione della donazione, se voglia rinunziare, o lo scioglimento della donazione, se voglia accettare.

Di fatto abbiamo osservato tutta la teorica delle collazioni poggiare su tale idea, e riassumersi nelle seguenti parole indirizzate dalla legge all'erede donatario:

Voi non potete cumulare la donazione e la quota ereditaria: scegliete adunque l'una o la sola donazione col rinunziare, o la sola quota ereditaria con l'accettare.

E la legge, col rivolgere siffatto linguaggio all'erede rendesi lo interprete della presunta volontà del defunto medesimo.

2. Se il disponente voglia che, in qualsiasi evento, la donazione da lui fatta ad uno dei suoi futuri successibili torni alla eredità, avvisiamo che gli possa ciò fare; ma allora è mestieri che lo esprima con inserirvi tale risolutiva condizione, assoluta ed esorbitante, che di per sé sola non racchiude la donazione semplicemente sottoposta a collazione (*infra*, num. 963).

3. Da ultimo ciò che ci sembra dimostrare che l'erede rinunziante ritiene la donazione tra vivi fattagli come la riterrebbe un estraneo, e nelle medesime condizioni, si è l'articolo 845 assomigliare e confondere, sotto tutti i rapporti, in una sola ed indivisibile formula, il legato e la donazione tra vivi;

Or, rispetto al legato, non è contrastabile né contrastato che l'erede rinunziante possa dimandarlo al pari di un estraneo, e nelle stesse condizioni;

Dunque l'art. 845 debbe avere lo stesso senso per la donazione tra vivi e pel legato (V.

i ragguardevoli articoli di Valette nel giornale *il Diritto* del 17 dicembre 1845 e 6 settembre 1854; Duranton, t. IV, n. 42 b-a, l. VI: confr. eziandio arresto C. cass. 47 luglio 1854, Carlier, Dev., 1854, I, 503; decisi C. di Bastia 23 gen. 1855, Casale; e di Amiens 17 marzo 1853, Gandon, Dev., 1855, II, 9 — 107; arresto C. cass. 23 lug. 1856, Casale, Dev., 1857, I, 9).

960. — Ma conviene non lasciarsi traviare in tutte siffatte controversie, estranee in questo momento al nostro subbietto.

E nondimeno evvi una speciale dottrina su cui torna impossibile il non intrattenerci qui; dappoichè direttamente annodasi alla essenziale regola sancita dal nostro art. 845.

La essenziale disposizione di quello articolo effettivamente consiste nel potere l'erede rinunziante sempre ritenere, sino alla concorrenza della quota disponibile, la donazione fattagli eziandio senza esenzione dalla collazione.

E noi non sapremmo comportare una dottrina, il cui risultamento fosse per contrariarvi dovere l'erede rinunziante conferire o restituire alla eredità la donazione fattagli.

Ecco non pertanto ciò che si è preteso, più o meno radicalmente, nelle seguenti ipotesi.

961. — Primieramente evvi una opinione, onde si è insegnato che l'erede rinunziante non potrebbe ritenere la donazione fattagli, nel caso in cui il disponente avesse, eziandio posteriormente, fatto donazioni o legati che esaurissero la sua quota disponibile:

«È manifesto, si è detto, che le anticipazioni di eredità, come addita la stessa loro denominazione, sono consegnazioni anticipate dei beni, che i figliuoli dovranno conseguire un giorno nella successione, rendendosi eredi; che quindi la rinunzia del donatario mercè presuccessione dovrebbe, per massima, spogliarlo di ogni diritto dei beni medesimi; e che se l'art. 845, per favore, gli permette conservarli ancora, invertendo in titolo di donatario il suo titolo di erede, torna evidente che la donazione, la quale aveva, come anticipazione di eredità, la data del giorno in cui fu fatta, ha come donazione ordinaria, la data del giorno in cui diviene tale: or, per ordine di date, in conformità dell'art. 923 — 840, debbono precisamente ridursi le liberalità, cominciando dallo ultime.» (Marcadé, articolo 845 e 949, n. 4.)

Dalle quali cose si conchiude che se l'ascendente, il quale abbia fatto una donazio-

ne tra vivi ad uno dei suoi figliuoli senza esenzione dalla collazione, faccia dappoi novella liberalità, le quali esauriscono la sua quota disponibile, la riduzione dovrà cadere sulla donazione fatta al figliuolo e conseguentemente costui, anziché rinunciando, non potrà ritenerla!

Ma similgiante dottrina ci sembra essere il più compiuto sovvertimento di tutti i testi e di tutti i principii:

4. A norma dell'art. 894 — 814 la donazione tra vivi è un atto onde il donante si spoglia attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata a pro del donatario che l'accetti;

Or nel nostro diritto, non rinvengonsi due specie di donazioni tra vivi, si bene una sola; ed in nessun luogo il nostro Codice ha distinto, relativamente allo essenziale carattere della donazione, quella fatta ad un estraneo da quella fatta dal padre ad uno dei figliuoli;

Dunque la donazione tra vivi fatta dal padre ad uno de' figliuoli, o più generalmente, da una persona ad uno de' futuri successibili, spoglia attualmente ed irrevocabilmente, il donante a pro del donatario. dunque ad evidenza il donante non può più rinvocarla col fare altre liberalità.

Ciò ci sembra ineluttabile!

2. Di fatti si cadrebbe in grave errore, se si volesse, segnatamente oggidì, letteralmente intendere la espressione *anticipazione di eredità*, onde spesso soglionsi ancor dinotare le donazioni tra vivi fatte da una persona ad uno de' suoi futuri successibili.

Son queste donazioni tra vivi al pari di tutte le altre donazioni tra vivi ordinarie e non affatto *anorma'i*, come affermava Marcadé (*loc. supra*). In verun luogo il nostro Codice ne formò una classe distinta: neppur per ombra! anzi non le addita con tal denominazione tranne in un solo articolo (311—434), dove non trattasi menomamente di determinare il carattere loro ed i loro effetti.

Il nostro Codice distingue, sotto il punto di veduta in disamina, due sole specie di donazioni tra vivi, cioè quelle fatte con esenzione dalla collazione e quelle fatte senza esenzione dalla collazione. Le prime vengono, sotto tutti i rapporti, regolate dal diritto comune delle donazioni tra vivi; è l'unica eccezione la quale rende singolari lo altro si è lo andar sottoposte alla collazione nel caso in cui il donatario concorresse alla successione del

donante; ma non è questa una condizione sospensiva; è per contrario una condizione risolutiva! se la condizione medesima si avveri il successibile da donatario diviene semplicemente erede! se non si avveri, nulla va mutato; ed il donatario rimane ciò che era, puramente e semplicemente donatario tra vivi!

Ben lungi dal non potere il figliuolo donatario ritenere la donazione col rinunciare, noi ravviseremo poterla ritenere eziandio con l'accettare! noi affermiamo poterla ritenere verso uno de' suoi coeredi, cui il comune autore avesse poscia fatto un prelegato su la quota disponibile; dappoi che la collazione non è dovuta a' legatarii: or l'erede, in qualità di legatario, non ha diritto maggiore di quello di ogni altro legatario estraneo (confr. arresto C. cass. 2 mag. 1838, Fedas, Dev., 4838, 1. 385; ed *infra*, n. 986).

Altronde siffatti principii non sono novelli; ed in ogni tempo vennero ammessi da coloro medesimi i quali mostravansi più disposti ad esagerare le conseguenze di cotesta idea di anticipazione di eredità. Laonde Molinéo, il quale avrebbe voluto altresì, come diremo (*infra*, n. 962), che la donazione fatta per anticipazione di eredità non potesse ritenersi dal donatario rinunziante alla eredità, applicava tal dottrina nel solo caso in cui la donazione si fosse fatta espressamente a titolo di anticipazione di eredità; ma, in mancanza di questa clausola, egli medesimo divideva:

«... Si vero causa anticipationis non sit expressa, ... liberum est filio, si velit, abstinere ab haereditate donatoris et dono suo se contentare; ... in dubio praesumitur ita datum ut possit eligere an sit haeres vel se teneat ad donum; et ita praesumitur, in dubio, datum contemplatione filiationis ... » (su la consuet. di Parigi, § 26, v. *Anticipazione di eredità*, num. 5; agg. Beaumanoir, cap. XIV, 13-15).

È ben vero che alcune consuetudini un tempo statuivano essere il figliuolo in obbligo di porre in collazione anche quando rinunziasse (Cons. di Touraine, art. 303; di Loudunois, cap. XV, art. 42; di Angiò, art. 260 a 314; di Maine, art. 278; di Dunois, art. 64); ma poche erano siffatte consuetudini; e venivano riguardate affatto eccezionali (confr. Coin-Delisle, *Limite del diritto di ritenzione*, n. 27 e seg.).

È mestieri altresì considerare come ecce-

zione della dottrina di Basnage, il quale, sa l'art. 431 della consuetudine di Normandia, desunse da cotesto carattere di anticipazione di eredità la conseguenza che i figliuoli cui il padre aveva fatto donazioni tra vivi non potessero ritenere le donazioni medesimo col rinunziare.

962. — Ma dobbiamo ancor noi ammettere la distinzione da Molinéo suggerita?

In altri termini l'art. 845, il quale permette all'erede rinunziante di ritenere la donazione tra vivi fattagli, è forse applicabile eziandio nel caso in cui la donazione gli fu fatta espressamente a titolo di anticipazione di eredità?

Con parecchi giudicati si statò che la rinunzia, in simil caso, non potrebbe esimere il donatario dall'obbligo della collazione, almeno quando siavi una disposizione per anteparte e la collazione della prima donazione sia necessaria, totalmente o parzialmente, per soddisfare il creditore dell'anteparte ed i riservatarii della loro riserva (cofr. decis. C. di Grenoble 30 giugno 1826, Bois, e 22 feb. 1827, Gallois, D., 1827, II, 157; — 161; di Bastia 21 luglio 1827, Arena, Sirey, 1828, II, 51; di Limoges 14 dio. 1834, Rabior, Dev., 1832, II, 493).

È ben vero potersi qui invocare la dottrina di Molinéo, il quale ravvisava in cotesta espressa enunciazione dell'anticipazione di eredità una vera condizione risolutiva della donazione pel caso in cui il donatario non concorresse alla eredità; risolutiva a segno tale che l'oggetto donato doveva allora, a creder suo, tornare alla eredità del donante nel modo più assoluto, « *ad commodum quorumcumque, etiam remotiorum, et collationum haeredum, vel etiam ad commodum creditorum* » (Loc. supra cit.; a. 4).

Ma la dottrina di Molinéo, eziandio al tempo suo, non venne ammessa; e Lebrun ne lo svela copertamente nel seguente modo:

« La clausola di anticipazione di eredità astriunge il donatario alla collazione sol quando dichiarasi erede, il che è lasciato in sua libertà; la condizione emergente da coteste clausole, non essendo di accettar la eredità e porre in collazione, ma di conferire, presupposto che si accetti la eredità. Talchè il donante, il quale volesse semplicemente vantaggiare uno dei suoi eredi presuntivi di un anticipato godimento, ed astriagerlo precisamente alla collazione, dovrebbe espressamente stipulare il donatario esser tenuto di con-

ferire nella eredità, anche quando volesse rinunziare; la quale stipulazione è valida... È ben vero avere Carlo Molinéo, su l'art. 17 dell'antica consuetudine di Parigi, n. 4, divisato la donazione per anticipazione di eredità obbligare precisamente il donatario alla collazione, e risolversi ed anacatarsi, qualora il donatario si negasse a conferire e dichiararsi erede; ma egli non viene seguito in ciò. » (Lib. III, cap. VI, sez. II, n. 43; agg. Ferrières, su l'art. 307 della cons. di Parigi; de Laurière, note sopra Loysel, ediz. Dupin e Laboulaye, lib. II, tit. VI, regola 2, n. 351; Aaroux des Pommiers; su l'art. 313 della cons. del Borbone, n. 9; ved. nondimeno Carlo Duverdy, Rivista storica di dritto francese e straniero, 1836, p. 46, 47).

Con maggior ragione dobbiamo ammettere la stessa dottrina oggidì, atteso gli assoluti termini del nostro art. 845, il quale non distingue menomamente se la donazione fu fatta espressamente o tacitamente a titolo di anticipazione di eredità, ed il quale vi annette ad evidenza gli stessi effetti in entrambi i casi (cofr. Merlin, Rep., v. Collazio, e nella eredità, § 2, art. 3, n. 8; Grenier, t. II, n. 508; Toullier, t. II, n. 462; Chabot, art. 845, a. 4; Duranton, t. VII, n. 259, 4.; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 307; Massé e Vergé, t. II, p. 394.)

963. — Dunque sol quando il disponente avesse espressamente apposto per condizione alla donazione dovere il donatario restituire, in qualsiasi evento, l'oggetto donato alla eredità, senza potersene esimere con la rinunzia; diciamo unicamente in tal caso il successibile donatario non poter invocare l'art. 845.

Di fatti avvisiamo coa Lebrun per la validità di siffatta stipulazione; ma ben si scorge aor trattarsi allora del diritto comune delle donazioni tra vivi nè delle regole ordinarie della collazione: è desso una condizione risolutiva, affatto speciale, la quale dee produrre gli effetti che le sono proprii.

963 bis. — In quali casi la donazione si reputerà fatta in tal guisa, sotto condizione di cessare di avere effetto, checchè aveaga, a computare dal giorno dell'apertura della successione?

È questa una semplice questione di fatto e d'interpretazione, la quale può risolversi solo in conformità degli elementi particolari di ciascuna specie, dei termini dell'atto e delle diverse circostanze.

Non pertanto ciò che puossi in generale

affermare si è esservi alcune donazioni, rispetto a cui dovressi più inclinare ad ammettere cotesta interpretazione; intendiamo parlare delle promesse, onde il defunto si fosse obbligato a soddisfare una rendita o pensione successibile, ed a fortiori della promessa di tenerlo ed alimentarlo presso di lui e nella propria abitazione (confr. Duranton, t. VII, n. 373; ed *infra*, n. 532).

964. — L'art. 843 tratta specialmente dell'erede che rinunzia alla eredità:

Ma in ciò è desso ad evidenza un'applicazione dimostrativa, la quale nulla offre di restrittivo del principio generale fermato con l'art. 843—762, in conformità di cui la collazione va dovuta dal solo erede che concorra ad una eredità (*supra*, n. 957).

Dunque conviene non esitare ad affermare che l'erede, il quale venga escluso dalla successione come indegno, può parimente ritenere, sino alla concorrenza della quota disponibile, la donazione fattagli, se non faccienne dichiarare contro di lui la revocazione per causa d'ingratitude (V. il tomo I, n. 249).

Con maggior ragione neppur può sorgere alcun obbligo di collazione, nel caso in cui il futuro successibile donatario sia trapassato prima dell'apertura della successione, senza lasciare figliuoli che possano rappresentarlo; ed è questa altresì l'ipotesi che ci sembra dovere, come ci faremo a dimostrare (nel trattato delle Donazioni tra vivi e dei testamenti), amministrare uno de' più gravi argomenti avverso la dottrina, in conformità di cui la donazione fatta, senza esenzione dalla collazione, ad un successibile rinunziente, debbesi imputare non su la quota disponibile, ma su la sua parte nella riserva.

Di fatti affermare rispetto al rinunziente, come si è affermato (*red.* il tomo III, n. 245; e *supra*, n. 959), che egli ritenga la donazione in qualità di erede, è già, se osiamo disciogliere l'intera nostra mente, atteso gl'innumeri e ragguardevoli suffragii onde trovasi avvalorata cotesta dottrina, gravissima audacia, a parer nostro!

Ma al certo sarebbe stato mestieri di maggiore audacia ancora per giugnere sino ad affermare che il donatario, morto prima dell'apertura della successione, avesse potuto avere una porzione della eredità in qualità di erede!

Or non si è ciò affermato; anzi ammettesi in tal caso la donazione essere imputabile su

la quota disponibile (confr. arresti C. cass. 49 febbraio 1845, Salichon, Dev., 1845, I, 374; 23 feb. 1857, Desgranges, Dev., 1857, I, 572; Troplong, *Delle donaz. e de test.*, II, n. 989).

La ragione addotta di cotesta differenza tra la rinunzia del successibile donatario e la sua premorienza si è che il « figliuolo rinunziente fu sempre computato pel determinare della riserva cui ha avuto diritto; nel che diversifica dal figliuolo premorto », il quale non fu mai erede, e non ebbe mai alcun diritto (su riferito arresto del 1857).

A suo tempo disamineremo siffatta ragione, investigando se di fatti il figliuolo rinunziente debbasi computare pel determinare della riserva e della quota disponibile; e forse potremo dimostrare che precisamente dal momento in cui venne stabilita cotesta premessa nel celebre arresto *Laroque* de Mons del 18 febbraio 1818 (Sirey, 1818, I, 98), si disciuse quel vasto campo di difficoltà e di contese, cui lo intero subbietto della riserva e della quota disponibile non cessò da allora di stare in balla!

Rispetto a noi, avvisiamo gli autori del Codice Napoleone non avere inteso ammettere alcuna di tali distinzioni, le quali produssero, intorno a cotesto subbietto, molteplici complicazioni unicamente perchè non trovansi sorrette da verun testo di legge!

A creder nostro tutti i testi concordano per contrario perfettamente, e sommamente chiaro e semplice è il sistema che racchiudono, qualora ammettasi gli autori del Codice Napoleone aver sempre riguardato come estraneo il successibile donatario che non concorra alla eredità, sia qualunque altronde la causa per cui non vi concorra, o rinunzia, o indegnità o premorienza.

A. A quale eredità la collazione va dovuta?

SOMMARIO

965. — La collazione debbe farsi alla eredità del donante. —

Motivi. — Conseguenze.

966. — Continuazione.

967. — Tutto si riduce a conoscere quale sia il donante.

968. — Continuazione. — Tal questione sorge segnatamente nei contratti di matrimonio, in occasione della costituzione della dote, che si faccia dal padre o dalla madre al comune figliuolo.

969. — Del caso in cui uno de' coniugi abbia solo personal-
mente dotato il figliuolo comune.

970. — Del caso in cui entrambi i coniugi abbiano congiuntamente dotato il figliuolo comune.

971. — *Quid*, se i genitori, nel dotare congiuntamente il comune figliuolo, abbiano nondimeno dichiarato esser la dote imputabile totalmente sia all'eredità del premoriente?

972. — Continuazione.

973. — In generale il marito non può obbligare la moglie, senza suo consenso, con la costituzione dotale. — E vi nondimeno eccezione sotto il sistema della comunione. — In quali casi e con quali condizioni?

974. — Continuazione: — *Quid*, se i genitori, i quali abbiano costituito la dote, muoiano a prossimi intervalli, per modo che le due successioni apransi nel tempo stesso che si scioglie la comunione?

975. — La collazione è dovuta nel momento dell'apertura delle successioni del donante.

965. — « È manifesto, insegnava Pothier, che precisamente alla eredità del donante il figliuolo debbe conferire ciò che gli fu donato. » (Introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 84; e *Delle succes.*, cap. IV, art. 2, § 5).

Tale è pure la regola fermata dall' art. 850 — 769 nella seguente guisa:

« La collazione si fa solamente nell'eredità del donante. »

Di fatti evidente è cotesta regola.

La collazione ha per scopo di stabilire la eguaglianza fra gli eredi del donante, il quale si presume non aver voluto che il donatario cumulasse la donazione fattagli con la porzione che doveva spettargli nella sua eredità: or è manifesto la collazione poter conseguire lo scopo medesimo sol quando si faccia nella stessa eredità del donante.

Laonde supponendo, a cagion di esempio, che il nipote abbia ricevuto una donazione dall'avo o dallo zio, la regola fermata dall'articolo 850 produrrà le due seguenti correlative conseguenze:

1. Ne dovrà la collazione alla eredità dell'avo o dello zio, se concorra alla sua eredità sia direttamente, sia per rappresentazione (supra, n. 897);

2. Non ne dovrà la collazione alla eredità del padre, anche quando costui fosse divenuto erede del donante, val dire di suo padre o di suo fratello, avo o zio che abbia donato.

Ma nulladimeno forse i fratelli o le sorelle del donatario non potrebbero obbiargli che se l'avo o lo zio loro non gli avesse fatto la donazione medesima, l'oggetto donato troverebbesi oggi, come tutti gli altri beni ereditarii, nella eredità del loro comune autore;

DEMOLOMBE, Vol. VIII.

e che conseguentemente la eredità stessa se ne trova scemata di altrettanto!

Ciò è verissimo! ma troverebbesi del pari scemata, se la donazione si fosse fatta altrui: or che mai cale l'essersi fatta ad esso o ad altra persona, tostochè non sia concorso alla eredità dell'avo o dello zio suo, di cui era donatario!

Di fatti conveniva stabilire un limite; e saggiamente la legge ha stabilito l'obbligo della collazione circoscrivere interamente fra il donatario e la eredità del donante, senza potersi indagare se la donazione fatta da persona diversa dal defunto della eredità di cui trattasi avesse avuto o pur no il risultamento di diminuire la eredità stessa!

966. — Si è osservato da ciò poter ancora emergere che l'avo, il quale avesse unico figliuolo, ma più nipoti, ed il quale volesse, per particolari mire, vantaggiare uno di essi, a cagion di esempio il primogenito, potrebbe fargli considerevoli doni ascendenti alla metà de' beni suoi; e che se il padre, imitando cotesto esempio, donasse del pari al figliuolo la quota disponibile per anteparte; costui troverebbesi quindi padrone di parte grandissima dei beni di fortuna della famiglia e di quelli dell'avo e del padre.

Ciò è pur vero! ma inevitabile addiuvine cotesto risultamento.

Di fatti non han forse avuto luogo due successioni distinte e due trasmissioni indipendenti l'una dall'altra! (confr. Duranton, t. VII, n. 244).

967. — Fermato il principio dal nostro articolo 850, tutto si riduce nell'applicazione a conoscere:

Qual è il donante?

Ed in generale la soluzione di tal questione è semplicissima.

In vero il donante è chi abbia donato, val dire chi abbia figurato, ovvero, come volgarmente dicesi, chi abbia parlato nell'atto in qualità di donante.

968. — Particolarmente ne' contratti di matrimonio, ed in occasione della costituzione della dote, fatta da' genitori al comune figliuolo, può sorgere tal questione.

Ed il nostro Codice l'ha effettivamente trattata in modo speciale nel titolo del *Contratto di matrimonio*, e de' *Diritti rispettivi dei coniugi* (confr. art. 4438, 4439, 4544—1357).

Trovandosi ventilata in quel luogo, non è questo il tempo di esaminarla profondamen-

te, tanto più che la soluzione spesso ne va subordinata alle particolari regole delle convenzioni nuziali, onde i genitori costituenti contrassero matrimonio; e segnatamente traslasciemo di muover quistioni d'indennizzamento o compenso, cui la costituzione di dote può dar luogo da parte di uno de' coniugi verso l'altro coniuge o verso la comunione: tali quistioni tornerebbero qui affatto strane sotto ogni rapporto.

Dunque dobbiamo circoscriverci a disaminare il solo lato della quistione, annodantesi direttamente all'art. 850, val dire a quale eredità la collazione debbe farsi, quando il figliuolo venne dotato; sia dal padre, sia dalla madre, sia congiuntamente da ambedue.

969. — Se uno de' coniugi soltanto abbia dotato personalmente il comune figliuolo, egli solo reputasi donante; e conseguentemente all'eredità sua debbe il figliuolo esclusivamente ed integralmente la collazione (confr. art. 1469 e 1544, 2 comma—1537).

970. — Se i due coniugi abbiano congiuntamente dotato il figliuolo comune, senza esprimere la porzione per cui intendessero contribuirvi, ciascun di essi reputasi donante per metà; e conseguentemente alla eredità di ciascuno di essi per metà debbe conferirsi la dote, sia altronde qualunque il sistema onde contrassero matrimonio, ed anche quando la dote venne costituita co' beni della comunione o coi beni particolari di uno di essi; avvegnachè ciascun di loro, personalmente dotando, è addivenuto di fatti, verso il figliuolo personalmente donante (confr. Loysel, *Inst. consuet.*, lib. II, tit. VI, regola 2, n. 334, ediz. Dupin e Laboulaye; art. 1138, 1544; decis. C. di Bordò 6 dicembre 1833, Mayer-Franck, D., 1834, II, 124; ved. nondimeno decis. di Bordò 47 gen. 1854, Fondadonne, Dev., 1854, II, 513).

Se i coniugi avessero distinto le quote eguali, per cui ciascun di essi intendeva contribuire alle dote, ciascuno reputerebbesi donatario nelle proporzioni determinate col contratto; e la collazione sarebbe dovuta alla eredità di ciascuno di essi nella medesima proporzione.

971. — Non è raro rinvenire nei contratti di matrimonio una clausola onde i genitori, nel dotare congiuntamente il figliuolo, dichiarino nondimeno doversi la dote imputare totalmente su la eredità del premoriente.

La Corte di Parigi, 2 cam., con decisione del 10 agosto 1843 statui che:

« Questa stipulazione ha lungo unicamente nello interesse del coniuge superstite, e per assicurargli un godimento più ampio sui beni esistenti nel momento della morte del premoriente, e che conseguentemente tal donazione fatta congiuntamente da' coniugi, debbe sempre di necessità sopportarsi per metà da ciascuna eredità de' coniugi donanti ... » (Pinsot, Dev., 1843, II, 544).

Ma noi di molto anteponiamo la opposta decisione emessa dalla terza camera della stessa Corte (46 marzo 1850, Morisseau, Dev., 1850, II, 321).

Di fatti i genitori, i quali potrebbero non costituire menomamente la dote (articolo 204 — 194), possono a fortiori apporre alla costituzione di dote da essi consentita quelle condizioni che stimino convenienti e non contrarie alle leggi, nè all'ordine pubblico, nè a' buoni costumi (art. 1172 — 1125);

Or la condizione, in conformità della quale venga stipulato che la dote, comunque costituita congiuntamente, da' genitori, dovrà interamente imputarsi su la eredità del premoriente, ci pare ineluttabile sotto tutti i rapporti;

Dunque debbesi eseguire.

Era pur questa la opinione professata da Potliet:

« Quando trovisi stipulata con la donazione, insegnava, che la dote dovrà interamente imputarsi su la eredità del premorto, costui reputasi aver solo donato la totalità; e la collazione dovrà farsi unicamente alla sua eredità. » (Introd. al tit. XVII, della cns., n. 86; confr. arresto C. cass. 14 lug. 1815, Durand, Sirey, 1815, I, 279; Toullier, t. XII, n. 340; Duranton, t. VII, n. 243, e t. XV, n. 366; Pont e Rodière, *Del contr. di matrim.*, t. I, n. 99).

972. — La clausola di cui testè ragionammo potrebbe aver luogo sotto condizione, o piuttosto semplicemente sotto una specie di alternativa.

E Potliet aveva parimente preveduto siffatta ipotesi:

« Se siasi semplicemente preveduto che, mediante la date data ai miei genitori, io non potrò dimandare divisione alcuna al superstite se non conferendo la intera dote nella eredità del premorto; se io non abbia dimandato divisione al superstite, e l'abbia lasciato godere di ciò che poteva spettarmi nella eredità del premorto, la collazione dovrà

farsi per metà a ciascuna delle due eredità.» (*Loc. supra cit.*)

È questa pure una clausola la quale ei pare nulla racchiudere d'illecito, e che il figliuolo da cui fu accettata debbe conseguentemente eseguirlo (Confr. decis. C. di Parigi 11 giugno 1819, Schneider, D., *Rac. alfab.*, v. *Contr. di matr.*, t. X, p. 213.)

973. — Il marito non può in generale obbligare la moglie senza suo consenso con una costituzione di dote, eziandio a pro di un comune figliuolo (Ved. art. 1544, 2 comma — 1537).

Non pertanto da' particolari principii del sistema della comunione risulta che quando la dote venga costituita dal solo marito al comune figliuolo in effetti della comunione, e senza altra spiegazione, la dote medesima rimane a carico della comunione (confr. art. 1432, 1439).

È questa l'antica massima da Choppin così formulata:

«*Dos est commune onus nrisque parentis, « maxime in patria connubialis bonorum societatis »* (su la cons. di Parigi, 2, 1, numero ult.).

È conseguentemente nel caso in cui la comunione venga accettata dalla moglie, costei debbe sopportare la metà della dote la quale debbe quindi conferirsi nella sua eredità per metà o meno, sino alla concorrenza del suo emolumento, qualora siasi disteso inventario, come a suo tempo dimostreremo (ved. art. 1483; confr. Pothier, *Della comunione*, n. 645; Henrys, t. II, lib. IV, quist. 52, n. 4).

Ma allora la soluzione della quistione se la collazione si farà per lo intero alla eredità del marito, o per contrario in parte alla eredità del marito ed in parte alla eredità della moglie, ed in quale proporzione all'una ed all'altra, trovasi dunque subordinata alla determinazione che la moglie o gli eredi suoi prenderanno, dopo lo scioglimento della comunione, secondo che vi rinunzieranno o l'accetteranno, formando o pur no inventario?

Ciò è ben vero; ma cotesta regola non offre qui alcuno inconveniente, dappoichè lo stesso avvenimento trae seco congiuntamente e l'apertura della successione del coniuge premoriente e lo scioglimento della comunione; per modo che la comunione si sarà sempre accettata o rinunziata dalla moglie o dai suoi eredi, quando avrà luogo la liquidazione della eredità del premoriente.

974. — Se i due coniugi fossero trapassati in prossimi intervalli, le loro due successioni potrebbero, per così dire, aprirsi simultaneamente nel mentre scioglierebbersi la loro comunione.

Ma tal circostanza non potrebbe ostare all'applicazione della regola fermata nell'art. 850 — 769; e se la moglie o gli eredi suoi accettassero allora la comunione, per metà alla eredità di ciascuno de' coniugi dovrebbe farsi la collazione della dote costituita dal solo marito ad uno de' comuni figliuoli in effetti della comunione.

Dunque non converrebbe, a creder nostro, come praticò la Corte di Parigi, statuire la collazione della dote doversi fare integralmente alla massa della stessa comunione (decis. 1 giugno 1843, Michel, Dev., 1843, I, 351);

« Atteso, dichiara con sommo fondamento « la Corte di cassazione, che la composizione « della comunione (de' coniugi Tottel), dovendo di necessità servire a far conoscere « l'ampiezza delle loro rispettive eredità, « era una operazione preliminare indispensabile; — Atteso che non potevasi confondere « tal comunione con le eredità, che essa era « destinata a formare, per costituirne un « solo oggetto di divisione fra gli eredi chiamati alle successioni medesime...; — Atteso che la legge impone all'eredità l'obbligo « di conferire alla eredità della persona da cui « ricevette... » (Arresto C. cass. 31 marzo 1846, Michel, Dev., 1846, I, 337; conf. pure arresto C. cass. 8 giugno 1859, Salvan, *Gazzetta de' Trib.* del 9 giugno 1859).

975. — L'art. 850, dichiarando doversi far la collazione alla eredità del donante, non determina unicamente la eredità cui la collazione debbe farsi; ma indica altresì nel tempo stesso, per tal circostanza, in quale epoca sorga l'obbligo della collazione: questa epoca è naturalmente quella dell'apertura della successione, in cui è dovuta; e di fatti in tale epoca diviene esigibile la collazione, ma neppure più presto o più tardi.

C. A quali persone la collazione sia dovuta!

SOMMARIO

976. — Esposizione. — Divisione.

977. — A. La collazione è dovuta dal coerede al proprio coerede. — Spiegazione.

978. — Continuazione. — Quale sia qui, il significato del vocabolo coerede.

979. — Continuazione.
 980. — Continuazione.
 981. — Continuazione.
 982. — I creditori particolari di ciascuno degli eredi possono domandare la collazione da parte del loro debitore.
 983. — 8. La collazione non è dovuta ai legatari né ai creditori della eredità. — Spiegazione.
 984. — Continuazione. — Esposizione. — Divisione.
 985. — 1. Per qual ragione la collazione delle donazioni tra vivi non poteva andar dovuta ai legatari.
 986. — Uno degli eredi, il quale fosse legatario del defunto per parte non avrebbe, nelle qualità di legatario, diritti maggiori di quelli di ogni altro legatario estraneo.
 987. — Come mai è uopo intendere la regola non andar dovuta ai legatari la collazione dei legatari?
 988. — Continuazione.
 989. — Quando una persona, dopo aver fatto ad uno dei suoi figli una donazione tra vivi, abbia poscia legato ad un terzo una parte dei suoi beni esistenti al tempo della morte del testatore, senza comprendervi i beni donati da lui tra vivi al figliuolo?
 990. — Continuazione.
 991. — Continuazione. — Gli eredi son forza tenuti, rispetto ai legatari, ad imputare su la loro riserva le donazioni che riceveranno dal defunto per anticipazione di eredità?
 992. — Continuazione. — *Quid, se vi sia un solo erede?*
 993. — Raccapitolazione — Conclusione.
 994. — 11. Come mai è uopo spiegare la regola non esser la collazione dovuta ai creditori della eredità? — Primieramente rispetto ai legatari.
 995. — Poscia rispetto alle donazioni tra vivi.
 996. — I creditori stessi della eredità non possono domandare la collazione, nè trarre vantaggio dalla collazione domandata dai coeredi.
 997. — Continuazione. — Contro storico. — Spiegazione.
 998. — La collazione, la quale non può giovare ai creditori della eredità, neppure dee poter loro nuocere. — Esempio. — Rimando.
 999. — Lo stesso erede, quando sia creditore delle eredità, dell'essere, nella sua qualità di creditore, riguardato come creditore ordinario. — Conseguenze.
 1000. — Il principio non esser la collazione dovuta ai legatari né ai creditori della eredità non può efficacemente applicarsi rispetto all'eredità, il quale abbia purancora e semplicemente accettato; è mestieri, per essere applicabile cotesto principio, supporre, sia l'accettazione col beneficio dello inventario, sia la separazione dei patrimoni.

976. — Abbiamo già osservato andar la collazione dovuta alla eredità del donante (supra, n. 965 e seg.).

Dobbiamo ora disaminare a quali persone vada dovuta in quella eredità.

All' uopo la regola trovasi fermata dall'articolo 857 — 776 nel seguente modo:

« La collazione non è dovuta che dal coerede: non è dovuta a favore de' legatarii, nè de' creditori ereditarii. »

È necessario separatamente ponderare ciascuna delle due importanti proposizioni, onde l'articolo medesimo si compone.

977. — A. Primamente, dichiara l'articolo in esame, « la collazione non è dovuta che dal coerede al suo coerede ».

È ciò torna semplicissimo.

La collazione ha per iscopo di serbare la eguaglianza delle quote ereditarie nelle porzioni onde venne fermata dal legislatore; e conseguentemente debbe aver luogo nello interesse di siffatta eguaglianza, val dire unicamente fra gli eredi.

Laonde le due quistioni da noi testè mosse: « da chi ed a chi è dovuta la collazione? » Sono essenzialmente correlative, per guisa da formare, sotto molti rapporti, una sola e medesima quistione.

È di fatti tanto precisamente dimostra l'articolo 857, dichiarando la collazione esser dovuta dal coerede al proprio coerede.

Dalle quali cose discende che le persone cui la collazione può andar dovuta sono le stesse che quelle da cui può doversi; o, in altri termini, che per poter essere creditore di un obbligo di collazione, è uopo poterne essere debitore; e che finalmente i coeredi hanno, l'uno verso l'altro, reciprocamente la stessa obbligazione e lo stesso diritto, inevitabile ed affatto razionale conseguenza di cotesta eguaglianza, la quale costituisce lo scopo della collazione.

978. — Dunque torna manifesto che il vocabolo *coerede*, adoperato nell'art. 857, ha lo stesso senso del vocabolo *erede* adoperato nell'articolo 843; e quando spiegava il vocabolo *erede* adoperato nell'art. 843, il quale determina da quali persone va dovuta la collazione, noi preventivamente spiegammo altresì il vocabolo *coerede* adoperato nell'art. 857, il quale determina a quali persone sia dovuta (supra, n. 872 e seg.).

Dunque possiamo parimente affermare qui la collazione andar dovuta a coloro i quali vepongono dalla stessa legge chiamati alla successione intestata del *de cuius*, dappoichè essi soli sono eredi (art. 843) o coeredi (art. 857), secondo lo speciale e tecnico significato di questo vocabolo in materia di collazione.

Diciamo esser dovuta la collazione unicamente a costoro!

Ma, reciprocamente altresì, è dovuta a tutti costoro!

Dunque non solo agli eredi legittimi, di

tutte le linee e di tutti i gradi indistintamente;

Ma eziandio a' successori irregolari, i quali han diritto di pretenderla, sia dagli eredi legittimi, sia dagli altri successori irregolari co' quali concorrono (*supra*, n. 874, 875).

979. — Nè tantopoco evvi luogo a distinguere l'erede puro e semplice dall'erede beneficiario.

L'art. 843, onde viene espressamente statuito andar la collazione dovuta dallo stesso erede beneficiario, statuisce anche per ciò tacitamente essergli dovuta la collazione: è qui la correlazione manifestamente inevitabile! (*Ved. pure il tomo III, n. 359*).

980. — È similmente, comunque l'art. 837, statuendo andar la collazione dovuta al coerede, non aggiunga le espressioni adoperate negli art. 843 ed 844 — 762 e 763: *concorrendo ad un'eredità, venendo alla divisione*, nondimeno addiviene manifesto quelle espressioni trovarvisi virtualmente sottintese.

Di fatti chi dica coerede in materia di collazione dice necessariamente coerede che accetta e venga alla divisione; dappoichè la collazione è un incidente della divisione, il quale può riguardare i soli coeredi dividendi.

Dalle quali cose è mestieri inferire la collazione non esser dovuta:

1. All'erede che rinunzi alla eredità (art. 785 — 702; ed arg. dall' 845—764; *ved. il tomo III, n. 28*);

2. All'erede, il quale venne escluso dalla successione per causa d' indegnità (*red. il tomo I, n. 299*);

3. E finalmente all'erede il quale, senza essere rinunziante nè indegno, trovisi privato dello effetto della sua chiamata ereditaria legale ed escluso dalla divisione mercè le disposizioni a titolo gratuito fatte dal *de cuius* (*supra*, n. 873; *confr. Chabot, art. 857, n. 2; Duranton, t. VII, n. 260; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 307*).

981. — Come la collazione va individualmente dovuta da ciascun de' coeredi, così del pari va dovuta a ciascun de' coeredi individualmente: *singuli a singulis*.

E per la stessa ragione per cui ravvisammo la collazione, dovuta dall'erede di una linea, o di uno stipite o di un ramo, esser dovuta da lui individualmente e non dalla linea, dallo stipite o dal ramo cui appartiene, la collazione, dovuta dall'erede di una linea o di uno stipite o di un ramo, va dovuta non

solo alla linea o allo stipite o al ramo cui appartiene, ma alla massa totale della eredità, o per meglio dire, col testo medesimo dell'articolo 857, al suo coerede, val dire a ciascun de' suoi coeredi individualmente; or è manifesto che gli eredi, chiamati dalla legge alla stessa eredità, comunque non pertinenti alla stessa linea, allo stesso stipite o allo stesso ramo, reputansi sempre tutti coeredi gli uni rispetto agli altri! (*supra*, n. 877; *confr. Grenier, t. II, n. 502; Duranton, t. VII, n. 260; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 307; Massé e Vergé, t. II, p. 395*).

982. — Il diritto di dimandare la collazione forma parte del patrimonio degli eredi, cui appartiene; e siccome non vi sarebbe ragione di pretendere cotesto diritto essere esclusivamente attribuito alla loro persona (essendo esso un diritto, diceva benissimo Pothier (*infra, pecuniario, valutabile, ed in bonis*), così ne conseguita potersi esercitare da' loro ereditari i quali non solo possono trar vantaggio dalla collazione, quando venne dimandata dal coerede, loro debitore, ma possono altresì essi medesimi dimandarla in nome suo (art. 4166 — 1119).

L'art. 857 nega il diritto di dimandare la collazione a' creditori ereditari (*infra*, n. 983); or parliamo qui per contrario de' creditori particolari dello stesso erede.

Relativamente a costoro, in ogni tempo si è considerato l'azione di collazione competere loro da parte del proprio debitore: era questo un tempo il divisamento di Lebrun (*lib. III, cap. VI, sez. II, n. 64*); e Pothier, nell'addottarlo, soggiungeva non andar incontro a difficoltà (*Delle success., cap. IV, articolo II, § 6*).

Ancora oggidì ci sembra ciò incontravvertibile non ostante una decisione in contrario della Corte di Tolosa (46 giug. 1835, *Saint-gès, Dev., 1835, II, 327*).

L'art. 784—705 del nostro Codice positivamente conferisce a' creditori dell'erede il diritto di farsi autorizzare dal giudice ad accettare la eredità in nome, luogo e stato del debitore, e far eziandio dichiarar nulla all'uopo la sua rinunzia; e sappiamo poter egli allora conseguentemente dimandare altresì la divisione in suo nome (*confr. art. 865, 882, 2205—784, 802, 2106; ed il t. III, n. 75, 76 e 604*).

Or l'azione di collazione costituisce un incidente dell'azione di divisione: dunque non potrebbe esser dubbio aver facoltà di diman-

dare la collazione i creditori particolari dell'erede cui è lecito dimandare la divisione; nè evvi luogo a distinguere se l'erede, lor debitore, abbia puramente e semplicemente ovvero col beneficio dello inventario accettato, l'eredità (confr. Merlin, *Rep.*, v. *Collazione nella eredità*, § 7, n. 6; Toullier, t. II, n. 466; Chabot, nrl. 857, n. 42; e Belost-Jolimont, *osserv.* 3, Duranton, t. VII, n. 267; Poujol, art. 857, n. 5; Malpel, n. 275; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 212; Demante, t. III, n. 192 bis, 1).

983. — B. La seconda regola fermata dall'articolo 857 si è la collazione non esser dovuta a' legatarii nè ai creditori dell'eredità.

Di fatti, riguardo a persone diverse dagli eredi intestati, nel cui interesse la collazione trovasi esclusivamente stabilita, le donazioni ed i legati fatti ad uno degli eredi non vanno sottoposti a collazione al pari di quelli fatti ad un estraneo.

Laonde, quando l'art. 857 dichiara la collazione non esser dovuta a' legatarii nè ai creditori della eredità, non vuole semplicemente dichiarare non potersi da essi dimandare la collazione; ma ciò che debbesene inferire altresì si è neppure poter loro giovare quando venne dimandata dai coeredi (arg. art. 921—838).

Nè è uopo distinguere i legatarii o i donatarii a titolo particolare da legatarii o donatarii universali o a titolo universale (supra, num. 873): la collazione è dovuta al coerede nel significato di questo vocabolo, come il riconoscemmo; e conseguentemente chiunque non sia coerede in tal senso non ha diritto alla collazione.

984. — Semplice è cotesta regola; e non pertanto abbisogna di spiegazione.

Segnatamente è necessario separatamente disaminarla nella sua applicazione.

Primieramente rispetto alle donazioni tra vivi;

In secondo luogo rispetto ai legati.

Dunque faremo successivamente questa duplice disamina.

I. Relativamente ai legatarii.

II. Relativamente a' creditori della eredità.

985. — I. Rispetto ai legatarii, torna manifesto la collazione delle donazioni tra vivi non potere esser loro dovuta!

-In vero non poteva esser lecito al donante dare, mercè liberalità testamentarie, la libe-

ralità tra vivi ed essenzialmente irrevocabile da lui fatta (art. 894—814).

986. — E cotesta regola dovrebbe mantenersi anche quando uno de' coeredi fosse legatario del defunto per ripartire.

Egli non avrebbe diritto alla collazione al pari di ogni altro legatario; e non potrebbe trar vantaggio, nella sua qualità di legatario, dalla collazione dimandata da' suoi coeredi o da lui medesimo in qualità di coerede: di fatti queste due qualità, comunque congiunte nella sua persona, rimangono di per sé sempre distinte e pienamente indipendenti l'una dall'altra; dunque debbono sempre altresì rimanere sottoposte alle particolari regole riguardanti ciascuna di esse (confr. *infra*, n. 999; *arrati* C. cass. 30 dicembre 1816, Decour, Sirey, 1817, I, 453; 27 marzo 1822, Halzar, Sirey, 1822, I, 231; Delvincourt, t. II, p. 40, nota 1; Toullier e Dvergier, t. II, n. 165, nota a; Favard, *Rep.*, v. *Successi*, sez. II, § 2, n. 6; Chabot, art. 857, n. 4, e Belost-Jolimont, *osserv.* 1; Estrangin, *Osservazioni*, Sirey, 1822, II, 230; Zachariae, Aubry e Rau, t. p. 309).

987. — Ma, relativamente a' legati, come è da intendere la regola non esserne la collazione dovuta ai legatarii?

Ciò è semplicissimo!

L'effetto della collazione de' legati, rispetto a' coeredi, consiste nel non potersi l'erede reclamare il legato fattogli dal defunto (articolo 843).

Dunque l'effetto della non collazione, se posso così esprimermi, riguardo agli altri legatarii, consisterà nel potere l'erede dimandare il legato fattogli (arg. dall'art. 844.)

Indubitabilmente non puossi pretendere che se l'attivo onde i legati possono venire soddisfatti sia insufficiente ad estinguerli tutti integralmente, l'erede legatario avrà diritto maggior di quello de' legatarii estranei: di ciò non iscorgeremmo alcun motivo; di fatti il suo titolo è semplicemente eguale al titolo degli altri; e potrebbe conseguire preferenza solo in forza di espressa dichiarazione del testatore (ved. art. 927 — 844).

Dunque per massima la riduzione dovrà farsi pro rata su tutti i legati, senza eccettuarne il legato all'erede (art. 926 — 843); dappoichè trattasi qui non di collazione, ma di riduzione; cose affatto diverse (confr. Duranton, t. VII, n. 264; Malpel, n. 275; Chabot, art. 857, n. 43; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 303).

988. — Ma che mai divorrà dappoi, in mano dell'erede legatario, il suo legato o almeno la tangente del suo legato che abbia potuto dimandare, rimpetto agli altri legatarii?

Ne caverà egli stesso vantaggio?

Niente affatto!

Siccome ne dee la collazione a' suoi coeredi, questo legato o la correlativa tangente cadrà quindi nella massa divisibile, da cui accidentalmente e fittizialmente uscì per diminuire altrettanto il diritto degli altri legatarii!

A parer nostro è questo lo indeclinabile risultamento dell'obbligo della collazione applicato a' legati; ma non potrehbasi negare ciò che sembra offrir qui di singolare siffatto risultamento!

989. — Dal principio la collazione non esser dovuta a' legatarii Pothier desumeva:

« Se il padre, che abbia due figliuoli, ad un de' quali abbia fatto donazione tra vivi, istituisce un estraneo legatario del terzo dei beni suoi, il legatario medesimo non potrà pretendere veruna parte nella collazione de' beni donati tra vivi ad uno de' figliuoli, e ad avrà unicamente il terzo de' beni rinvenuti in tempo della morte. » (*Delle success.*, cap. IV, art. 2, § 6; ed introd. al tit. XVII della Cons. di Orleans, n. 88).

Cotesta soluzione ci parrebbe ben fondata ancora oggi, ne' termini in cui Pothier la presentava, e se il disponente non avesse espressamente o tacitamente manifestato una opposta intenzione (confr. Toullier, t. II, n. 468; Demante, t. III, n. 192 bis, II).

Facciamo tal riserva, avvegnachè, a parer nostro, non trattasi qui semplicemente di una quistion di diritto, ma altresì, ed anebe principalmente, come dimostreremo, di una quistion di fatto, di una quistion di volontà, val dire di una quistion d'interpretazione.

990. — In vero supponghesi che il defunto, dopo aver fatto donazioni tra vivi ad uno o più de' suoi figliuoli senza esenzione da collazione, abbia poscia legato la sua quota disponibile o una porzione della sua quota disponibile, sia ad un estraneo, sia ad uno de' suoi figliuoli per anteparte.

A cagion di esempj una persona, avendo tre figliuoli, ha donato a ciascuno di essi tra vivi, per anticipazione di eredità, 25,000 fr.

Egli muore, lasciando un legatario della sua quota disponibile;

E nella eredità sua rinvenghonsi 25,000 franchi.

In tale ipotesi la quota disponibile è del quarto (art. 913 — 829).

Allora su quali beni si dovrà computare la quota disponibile da rilasciare al legatario?

Forse su' beni semplicemente rinvenuti in tempo della morte; per guisa da conseguire il legatario il solo quarto di 25,000 fr.?

Ovvero per contrario su tutti i beni, compresi quelli di cui dispose tra vivi, per guisa da consegnare il legatario il quarto di 100,000 fr.?

Comunque tal quistione appartenga alla materia della riserva e della quota disponibile anzichè a quella della collazione, nulladimeno avvisiamo doverla qui fuggacemente disaminare, direttamente annodandosi alla stessa interpretazione dell'art. 857 — 776.

In vero per lungo tempo si è invocato l'articolo 857 per sostenere che, anziando in quella ipotesi, il legatario aveva diritto soltanto al quarto de' beni della eredità rinvenuti nel momento della morte del disponente.

A norma dell'art. 857, si affermava, la collazione non è dovuta a' legatarii: assoluta è cotesta regola; e conseguentemente i legatarii non han diritto a veruna specie di collazione, nè in natura, nè prendendo di meno;

Or se, per computare la quota disponibile, costituente l'obbietto del legato, si riunissero a' beni esistenti nella eredità i beni donati tra vivi agli eredi, siffatta riunione, anziando meramente fittizia, non sarebbe sempre altro che una collazione prendendo di meno da parte degli eredi donatarii rimpetto al legatario, sia qualunque la denominazione che si volesse attribuirgli;

Consequentemente conchiudevasi la quota disponibile legata doversi computare unicamente su' beni esistenti nella eredità.

Ed applicavasi tal dottrina anziando al caso in cui il disponente avesse espressamente manifestato una opposta volontà! Era effettivamente giuocoforza pervenire a quel segno tostochè prendevasi per base l'art. 857, il quale, essendo una conseguenza del principio della irrevocabilità delle donazioni tra vivi, non potrebbesi modificare dalla volontà del disponente! (Confr. arresto C. cass. 30 dic. 1816, Decour, Sirey 1817, I, 153; dec. C. di Nîmes 8 giugno 1819, Heiraud, Sirey, 1820, II, 494; di Tolosa 7 agosto 1820, Chamaïou, Sirey, 1822, II, 66; arresti C. cass. 27 marzo 1822, Balsan, Sirey, 1822, I, 231; 17 nov. 1823, Peyracheon, Dev. e Carr., *Collez. nuova*, 7, I, 329; dec. C. di Angers 30

agosto 1824, Sirey, 1824, II, 510; di Agen 40 giugno 1824, de Cluzon, Sirey, 1824, II, 357, di Agen 23 agosto 1824, Bathie, Dev. e Carr., *Collez. nuova*, 7, II, 446; arresto C. cass. 8 dic. 1824, Sabatier, 1825, I, 131; 5 luglio 1825, Aubian, D., 1825, I, 444; Chabot, art. 857, n. 4; Melpel, n. 276, Estrangin, *Osservaz.*, Sirey, 1822, II, 230.)

La giurisprudenza aveva, come ben si scorge, sancito per lungo tempo cotesta dottrina, quando col famoso arresto del dì 8 lug. 1826, causa Saint-Arromau, la Corte di cassazione, a camere riunite, adottò, con sorprendente ritrattazione, la opposta dottrina, statuendo, avverso le conclusioni del procurator generale Mourre, che i beni donati ai successibili per anticipazione di eredità debbano fittiziamente riunirsi ai beni esistenti nella eredità pel determinazione della quota disponibile.

E siffatta dottrina è al certo, a parer nostro, l'unica unisona agli stessi testi del nostro Codice ed ai veri principii:

1. La quistione da risolvere qui consiste nel conoscere qual sia la quota di cui il defunto potette disporre;

Or precisamente l'art. 922—839 determina il metodo da seguitare all'uopo: con quello articolo viene statuito doversi fittiziamente riunire a' beni esistenti in tempo della morte del donante o testatore quelli di cui è stato disposto tra vivi, per computare su tutti questi beni la quota della quale potette disporre: siffatta assoluta disposizione non comporta ad evidenza veruna distinzione fra i beni, di cui si dispose tra vivi a pro di un estraneo o di un successibile con esenzione dall'alcollazione, ed i beni di cui si dispose a pro di un successibile a titolo di anticipazione di eredità;

Dunque tutti i beni di fatti indistintamente, di cui il defunto dispose con donazione tra vivi, in qualsivoglia modo ed a pro di qualsiasi persona, debbono riunirsi alla massa pel computo della quota disponibile.

2. Cotesta proposizione è ineluttabile nel caso in cui il defunto avendo disposto, sia a pro di un estraneo, sia a pro di uno de' suoi successibili per anteparte, di una quota di beni maggiore della quota disponibile o di taluni beni individualmente determinati, il cui valore ecceda la quota medesima, gli eredi riservatarii, instituendo un'alcollazione di riduzione dimandando determinarsi la quota di cui il defunto potette disporre. È manifesto gli eredi medesimi trovarsi allora direttamente

sorgetti al disposto dall'articolo 922, che eglino stessi invocano, e di cui non potrebbero scindere le disposizioni; e conseguentemente i beni donati a' successibili per anticipazione di eredità doversi, al pari di tutti gli altri beni donati tra vivi, fittiziamente riunire alla massa.

È ben vero! si è risposto; ma allora trattasi di dimanda di riduzione formata dagli eredi riservatarii; mentre, nella subbietta specie, trattasi di dimanda di rilascio della quota disponibile formata da' legatarii: or l'art. 922 venne scritto pel primo caso, per quello in cui trattisi di computare la quota disponibile, dietro la dimanda dell'erede riservatario attore per riduzione: la prova, dieesi, ne discende dal luogo occupato dall'articolo medesimo nella sezione della riduzione delle donazioni e de' legati, e dagli stessi suoi termini.

Ben agevole torna la risposta:

Indubitatamente in occasione della riduzione delle donazioni e de' legati l'art. 922, ha determinato l'operazione mercè di cui si dovrà computare la quota di beni di cui il defunto potette disporre; ma in ultima analisi quale è mai il diretto ed essenziale obbietto di cotesto articolo? si è lo additare il metodo mercè di cui dovressi determinare la quota stessa; e conseguentemente la disposizione in esso racchiusa, comunque scritta in occasione della riduzione (la qual cosa altronde era naturalissima avvegnacchè per lo più dietro la dimanda degli eredi riservatarii evvi luogo a determinare il quantum della quota disponibile), è sempre generale ed applicabile a tutti i casi in cui trattisi di conoscere qual sia la quota di cui il defunto potette disporre.

Nulla monta che i riservatarii agiscano per la riduzione, o che i legatarii agiscano pel rilascio!

Sempre la stessa è la quistione, cioè:

Di qual quota di beni il defunto potette disporre?

E siccome non sonovi due quote disponibili, ma una sola, così del pari non potrebbero esservi due modi di computare la quota medesima: di fatti la riserva e la quota disponibile non sono forse le due parti correlative del medesimo tutto; e forse l'operazione, la quale serve a determinare l'una, non serve simultaneamente a determinare l'altra!

E poi qual contraddizione e quale inconseguenza non incorgeressesi nell'opposto sistema!

Come! se il disponente si fosse scrupolosamente circoscritto no' limiti della quota disponibile, l'art. 922 non sarebbe applicabile; e le donazioni fatte da lui per anticipazione di eredità non verrebbero filizientemente riunite alla massa pel computo della quota medesima; mentre, se avesse ecceduto il limite della porzione disponibile e leso la riserva, tornerebbe necessaria l'applicazione dell'art. 922; e le anticipazioni di eredità dovrebbero riunirsi alla massa.

Ma allora sarebbe facilissima cosa, pel disponente, lo eludere siffatta pretesa distinzione: gli sarebbe sufficiente lo estendere le sue liberalità oltre la quota disponibile!

Dunque concludiamo che i beni donati tra vivi dal *de cuius* a' suoi successibili, senza esenzione dalla collazione debbano riunirsi alla massa pel computo della quota disponibile, come i beni donati, sia ad un estraneo, sia ad un successibile per anteparte (confr. decis. C. di Bruxelles 43 giug. 1840. Los, Sirey, 4811, II, 49; di Tolosa 47 luglio 1819, Jaubert, Sirey, 4819, II, 70; di Agen 21 feb. 1821, Lafont, Sirey, 1822, II, 71; di Bordò 22 luglio 1822, Gabarroch, Sirey, 1822 II, 301; arresto C. cass. 8 luglio 1826, Saint-Arroman, D., 4826, II, 314; decis. C. di Riom 16 nov. 1827, Boudol, Sirey, 1830, II, 23; arresto C. 13 maggio 1828, Gilly, Sirey, 1828, I, 201; 10 ag. 1829, Delonon, Sirey, 1829, I, 204; 8 genn. 1834, Guiard, Dev., 1834, I, 75; decis. C. di Parigi 7 marzo 1830, Payen, Dev., 1840, II, 126; arresto C. cass. 47 mag. 1843; Leproust, Dev., 1843, I, 689; C. di Colmar 21 feb. 1855, Moitier, Dev., 1855, II; Grenier, t. II, n. 597; Duranton, t. VII, n. 296-297, Poujol, art. 857, n. 2; Basile de Lagrèze e Sabatery, *Osservaz.*, Sirey, 1824, II, 288 e 291; Coin-Delisle, art. 919, n. 48; Demante, t. III, n. 492 bis, II; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 310-312; Troplong, *Delle donaz. e de' testam.*, t. II, n. 990).

994. — Ma allora forse i successibili donatarii senza osenzione dalla collazione non potrebbero, facendo valere tale argomentazione messa in campo da' legatarii contro di essi, rivolgerla contro i legatarii, e sostenere che, dovendo le donazioni fatte a successibili per anticipazione di eredità venir riguardate come donazioni a persone estranee, la conseguenza si è altresì dover essere, come queste, di rimpetto a' legatarii, imputabili su la quota disponibile?

DEMOLOMBE, Vol. VIII.

Dalle quali cose conseguirebbe i legatarii non potersi integralmente eseguire ovvero addiveire affatto caduchi, se le donazioni per anticipazione di eredità avessero già toccato e interamente esaurito lo importare della quota disponibile.

È questa pure una quistion di riserva e di riduzione; e non pertanto è indispensabile fuggacemente qui ragionarne per compiere siffatta dimostrazione fino a quando lo regolo della collazione vi abbiano impero, e vi si trovi impegnata la vera interpretazione dell'articolo 857.

Come in prosiegua ravviseremo è inconcusso principio, in materia di riserva, dover l'erede riservatario imputare su la sua riserva tutti i beni che consegua, a titolo ereditario, dalla eredità del suo autore; e ciò tocca semplicissimo, dappoiché la riserva è una porzione della eredità medesima, che egli consegue a titolo di erede;

Or è manifesto che gli eredi conseguono, a titolo ereditario, i beni provenienti dalle anticipazioni di eredità conferiti nella massa, ed i quali, tornati alla eredità, per lo avveramento della coodizione risolutiva della collazione, vennero divisi nello stesso modo dei beni esistenti in tempo della morte;

Dunque debbono imputare su la loro riserva i beni così conferiti come i beni rinvenuti nella eredità, dappoiché conseguono gli uni e gli altri allo stesso titolo.

Ma esclamasi: l'art. 857 è violato! i legatarii traggono vantaggio dalla collazione!

Rispondiamo l'art. 857 non rimanere nemmeno violato; e non essere ben fondato lo affermare dimandarsi la collazione dai legatarii oè trarne egliino vantaggio.

Ciò che i legatarii si limitano a pretendere, e con sommo fondamento, si è da un lato che i loro legatarii non eccedano la quota disponibile computata, come debbo esserlo, in conformità dell'art. 922; e d'altro lato che i riservatarii, rinvenendo la loro riserva intatta nella eredità, non possano agire per riduzione.

Ah! se i legatarii pretendessero estinguere i legatarii coi beni conferiti, allora ragionevolmente affermerebbesi l'art. 857 trovarsi violato e trarre egliino vantaggio dalla collazione.

E di fatti ciò non debbo mai accadere!

Dunque anche quando i beni esistenti nella eredità fossero insufficienti per soddisfare i legatarii, o non si rinvenissero beni nella eredità

ta, i legati al certo sarebbero esclusi, sia parzialmente, sia totalmente (confr. arresto 2 maggio 1838, Fédas, Dev., 4838, I, 385).

Val dire, in buona sostanza, la collazione è cosa ben diversa dalla semplice imputazione.

I legatarii non possono dimandare la collazione nè trarne vantaggio: è questa l'applicazione che può farsi dell' art. 857;

Ma i legatarii possono dimandare la imputazione su la riserva di tutto ciò che il riservatario consegua dalla eredità in qualità di erede: è questa l'applicazione che possa farsi degli articoli 920, 924 e 922 — 837, 838 ed 839.

Altronde cotesti principj non sono novelli; ed i nostri antichi autori gli avevano già con precisione fermati:

« La prima quistione, diceva Lebrun, che possa sorgere intorno a questo subbietto si è se l'erede istituito o legatario universale abbia diritto di ascrivere il figliuolo cui compete la legittima ad imputare tali specie di donazioni su la legittima medesima? la ragione di dubitare sta nell' esservi somma correlazione fra il diritto di collazione e la imputazione su la legittima: or il figliuolo non pone affatto in collazione all' estraneo; se il padre, avendo tre figliuoli, istituisca con essi un estraneo, converrà fare una doppia divisione, cioè una senza collazione, riguardo all' estraneo e per rinvenire la sua quota; l' altra con collazione fra' tre figliuoli ... »

È questa la obbiezione riprodotta ancora sotto l' impero del novello diritto.

Ma Lebrun l' aveva già preventivamente confutata col soggiugnere:

« Nondimeno conviene affermare gli eredi estranei aver diritto ... di far seguire la imputazione su la legittima: dappoichè la diminuzione della legittima è un diritto straordinario, il quale debbe aver luogo sol quando il padre o non abbia affatto o non abbia abbastanza considerato i figliuoli. Quindi l' azione medesima non ha luogo quando il padre abbia adempito ai suoi naturali doveri; e sarebbe ingiustissimo che il figliuolo, ricolmo de' benefici paterni, oppugnasse il testamento del padre ed aversasse lievi liberalità, onde costui avesse voluto remunerare l' amicizia di qualcuno. » (Lib II, cap. III, sez. IX, Di ciò che imputasi su la legittima. n. 4, 5; ved pure Ricard, Delle donaz., t. III, num. 1455).

992. — Cotesta dottrina della imputazione

su la riserva delle donazioni fatte al successibile, per anticipazione di eredità, dovrebbe forse ancora ammettere, se vi fosse un erede unico?

Abbiamo fondato tal dottrina su la circostanza che i beni donati al successibile tornano, per effetto della collazione, alla eredità, come se non ne fossero mai usciti; e che quindi il suo titolo di donatario trovandosi risolto, ciò che consegua de' beni medesimi vien conseguito e conservato da lui in avvenire a titolo ereditario, e conseguentemente addivien imputabile su la sua riserva;

Or, potrebbesi affermare, quando siavi un solo erede, non evvi luogo alla collazione; il titolo di questo unico erede donatario non rimane risolto; i beni donatigli restano a lui, come beni donati, verso e contro tutti;

Dunque neppure evvi luogo, in tal caso, ad imputazione su la riserva; e per contrario la imputazione debbesi fare su la quota disponibile.

Una decisione della Corte di Bordò parrebbe sorreggere siffatta argomentazione (21 aprile 1834, Boutet, D., 1836, II, 21).

Cotesta dottrina sarebbe; come ben si scorge, sotto tutti i rapporti, il contrappeso, se lico così esprimersi, della dottrina, in conformità della quale la imputazione debbesi fare su la riserva, anche quando rinunzi l' erede donatario (supra, n. 964); e noi opiniamo che essa le somministrerebbe una potente arma mercè la esagerazione, a creder nostro, eccessiva e compromettente, in cui vorrebbe trascinare coloro i quali avvisano potersi fare la imputazione su la riserva sol quando accetti l' erede donatario.

Dunque è forza preservarsi da tale esagerazione.

Indubitatamente, circa i coeredi dell' erede donatario, la donazione fattagli può imputarsi su la loro riserva sol quando la ponga ad essi in collazione; e, sotto questo punto di veduta, relativamente ai coeredi del donatario, puossi effettivamente sostenere che se la imputazione ha luogo su la riserva, la ragione si è che non solo l'erede donatario accetta, ma anzi anche e soprattutto che pone in collazione!

Ma se l' erede donatario accetta la eredità, può forse pretendere, non avendo cui fosse dovuta la collazione, che la donazione non debbasi imputare su la riserva?

Forse per contrario cotesta anticipazione di eredità fattagli non debbe allora, essendo egli erede, essere imputabile su la sua quota

ereditaria? o non è forse ben fondato lo affermare, sotto il punto di veduta della imputazione, che cotesto credo fa in certa guisa a sè stesso la collazione?

La su riferita decisione della Corte di Tolosa non racchiude una opposta dottrina; e sembra peculiarmente poggiata su la interpretazione della presunta volontà del disponente.

Siffatta quistione se il vantaggio fatto dal defunto ad uno de' suoi figli debbasi imputare su la riserva o su la quota disponibile va di fatti subordinata alla volontà dello stesso disponente al pari della quistione su quali beni la quota disponibile debbasi computare (supra, 989-991): quindi, per esempio, potrebbe statuire che il vantaggio fatto dal defunto al successibile, non debbasi imputare su la sua riserva, qualora il vantaggio stesso gli venisse fatto col testamento medesimo, con cui s'istituisce il legatario universale, e che quindi forma il titolo eguale o comune dell'erede legatario e del legatario estraneo: potrebbe allora inferire non avere inteso il defunto che l'erede dovesse contentarsi della riserva, ed avere per contrarii formati del legato lasciategli un peso ed una condizione del legato universale lasciato all'estraneo; e tale sembra essere la specie giudicata dalla Corte di Tolosa (agg. decis. C. di Agen 42 genn. 1824, D., 1824, II, 77; di Limoges 44 luglio 1818, l'ev. e Car., Collez. nuova, 5, II, 404; di Parigi 47 marzo 1846, Delattre, Dev., 1846, II, 482; Troplong, *Delle donaz. e de' test.*, t. III., n. 990).

993. Dal fin qui esposto (supra, n. 989 e seg.) conseguita che la quistione se, per determinare la consistenza del legato, facciano mestieri fittiziamente riunire a' beni esistenti in tempo della morte del *de cuius* i beni donati da lui per anticipazione di eredità, costituisce una di quelle quistioni in cui il punto di diritto va particolarmente subordinato al punto di fatto; dappoichè dipende dalla volontà del defunto, come le stesse sue disposizioni la rivelano: di fatti è manifesto che, potendo nulla legare, abbia potuto più o meno ampliare il legato secondo che meglio credette opportuno.

Laonde, da un lato, tornerebbe manifesto la fittizia riunione de' beni donati a' beni esistenti dover seguire:

1. Se la disposizione fatta dal *de cuius* avesse per obbietto, sia la quota disponibile, o una porzione di tal quota, sia una somma o

determinati oggetti, il cui valore eccedesse o pareggiasse la quota disponibile;

2. Se la disposizione, avendo per obbietto una quota qualsivoglia, avesse il disponente espressamente dichiarato intendere computarsi la quota medesima su' beni da lui donati riuniti a' beni che lascerebbe (confr. decis. C. di Parigi 14 genn. 1825, Baron, Sirey, 1825, II, 292; di Riom 26 feb. 1823, Rochefort, Sirey, 1826, II, 423).

E, d'altro lato, per contrario tornerebbe parimente manifesto che: la fittizia riunione de' beni donati a' beni esistenti in tempo della morte del testatore non dovrebbe aver luogo, se il disponente, legando una quota, per esempio il quarto de' suoi beni, avesse espressamente dichiarato intendere che tal quota venisse computata sui beni che lascerebbe nella eredità in tempo della sua morte.

Dunque la quistione può effettivamente sorgere nel caso in cui, avendo la disposizione per obbietto una porzione di beni non cedente la quota disponibile, non abbia altronde il disponente manifestato espressamente nè tacitamente la sua intenzione circa il conoscere su quale beni la quota medesima dovrebbe computare; ed in tal caso opiniamo, come affermammo (supra, n. 989), la sua intenzione doversi computare sui beni esistenti nel momento della sua morte; dappoichè, in diritto, i beni da lui donati reputansi usciti dal suo patrimonio; e legalmente non formano più parte della massa de' beni suoi; ed in fatto, non avendo legato la quota disponibile o ecceduto i limiti della quota medesima, nulla permetto affermare avere avuto in mira beni diversi da quelli soltanto che proseguirono ad appartenergli.

Anzi avvisiamo doversi applicare questa ultima soluzione al caso in cui la quota legale fosse, in fatto, nella sua frazionale denominazione, eguale alla quota disponibile; come quando il padre di tre figliuoli avesse legato il quarto de' beni suoi, questa unica circostanza ci parrebbe insufficiente a dimostrare aver voluto quindi legare la sua quota disponibile; e di fatti sarebbe temerario lo affermarlo. Ma ben si comprende diversamente avvenire, se le varie disposizioni dell'atto appalesassero una opposta volontà.

994.—II.—Relativamente ai ereditori della eredità, scendiamo ora alla disamina come debbasi intendere la regola fermata dall'art. 857 non esser loro dovuta la collazione (supra, n. 984).

E primamente, circa i legati fatti dal defunto ad uno de' suoi successibili, è manifesto potersi estinguere sol dopo integralmente soddisfatti tutti i creditori ereditarii.

Forse perchè la collazione de' legati andrebbe dovuta ai creditori della eredità?

È questa la spiegazione che sommano darne molti autori, sostenendo che l' art. 857, il quale dichiara non esser dovuta la collazione ai creditori ereditarii, si applichi unicamente alle donazioni tra vivi, e non già ai legati (confr. Chabot, art. 857, n. 43; Malpel, numero 275; Duranton, t. VII, numero 264).

Ma siffatta spiegazione di un principio, altronde di per sé inconcusso, è forse ben fondata?

Noi avvisiamo per la negativa:

In vero se la collazione de' legati fosse dovuta a' creditori della eredità, come va dovuta dall' erede legatario ai suoi coeredi, in forza dell' art. 813, ne conseguirebbe che, qualora i legati si fossero fatti per anteparte, la collazione cesserebbe di esser dovuta ai creditori della eredità, come cessa di andar dovuta a' coeredi; e che conseguentemente in tal caso i creditori della eredità non potrebbero farsi soddisfare su le cose legate per anteparte agli eredi!

Or nessuno però ha mai posto in campo siffatta conseguenza!

Dunque non per la circostanza esser loro dovuta la collazione i creditori ereditarii debbono venir soddisfatti prima de' successibili legatarii.

Il vero sì è il principio, a norma di cui i creditori della eredità han diritto di venir soddisfatti prima de' legatarii, costituire un principio indipendente dalla materia delle collazioni, un principio superiore alla materia medesima, e che inoramente la predomina: *nemo liberalis, nisi liberatus!* (Ved. il tomo III, n. 295).

E conseguentemente cotesto principio applicasi rispetto a tutti i legatarii indistintamente, estranei o successibili, immuni o non immuni dalla collazione (confr. Aubry e Rau sopra Zachariae, t. V, p. 303; Duranton, t. III, n. 492 bis, III).

995. — Per contrario, relativamente alle donazioni tra vivi, è assai ben fondato lo affermare non esserne dovuta la collazione ai creditori della eredità.

E la regola in tal guisa espressa non è semplicemente corretta nella forma; ma è in

oltre in sostanza sommamente giuridica!

Di fatti i creditori sono gli aventi causa del debitore: in nome suo e da sua parte sperimentano diritti su' beni; e torna manifesto conseguentemente non poter avere diritti maggiori di quelli dello stesso loro debitore (Ved. art. 4166, 2092, 2093 — 1119, 1962, 1963).

Or i beni donati tra vivi dal debitore cessano irrevocabilmente di appartenergli: il debitore non vi aveva più alcun diritto; e tali beni, i quali non formavano più parte del suo patrimonio, neppur formano parte del suo retaggio.

Dunque i creditori della eredità neppur potrebbero vantarsi alcun diritto.

Soggiungasi ancora:

Trattasi forse di creditori posteriori alla donazione? non han potuto poggiare su l'oggetto donato, il quale, nel tempo in cui divennero creditori, era già cessato di appartenere al proprio debitore.

Trattasi forse di creditori anteriori alla donazione?

È mestieri del seguente dilemma:

Se abbiano ipoteca su l'oggetto donato, potranno però esercitarla; ed in tutti i casi, abbiano o pur no ipoteca, se la donazione venne fatta in frode de' loro crediti, potranno farla revocare, mercè l'azione pauliana, in forza dell' art. 4167 — 4120.

Ma eccetto questi due casi, i quali nulla han di comune con la materia delle collazioni, noi andiamo sempre incontro al sommo principio non avere i creditori maggior diritto del proprio debitore; e di fatti dal giorno in cui il proprio debitore venne irrevocabilmente spogliato per effetto della donazione i suoi creditori perdettero, al pari di lui, ogni specie di diritto su l'oggetto donato.

Al certo il legislatore avrebbe potuto mantenere assolutamente intatta la irrevocabilità della donazione e non far tornare pienamente l'oggetto donato alla eredità del donante; e quindi ha benissimo potuto altresì, senza violare i principii del diritto, nè la equità, farvelo tornare nello interesse puramente relativo dei coeredi, ed in uno scopo di eguaglianza, non riguardante menomamente i creditori della eredità.

996. — E da siffatta spiegazione de' motivi essenziali della regola in disamina conseguita che non solo gli stessi creditori della eredità non possono dimandare la collazione

delle donazioni tra vivi, ma che neppur possono trar vantaggio dalla collazione, effettuata dietro domanda de' coeredi cui andava dovuta (arg. dall'art. 921 — 838).

997. — Affermiamo esser cotesta regola affatto consona a' veri principii del diritto; e neppur potrebbesi pretendere che in guisa qualsivoglia offenda la equità.

Non pertanto essa andò incontro in seno del Consiglio di Stato a vive e lunghe resistenze.

È ben vero cotesta discussione non essersi accesa in occasione dell' art. 857 in esame, nè nella materia delle collazioni; ma di poi nel titolo *Delle donazioni e de' testamenti* sulla questione se i creditori del defunto potessero dimandare la riduzione delle liberalità lesive della riserva, o almeno se potessero cavar vantaggio dalla riduzione medesima.

Ma, sotto questo punto di veduta, sussiste fra tali due materie analogia o piuttosto si perfetta identità che il risaltamento della discussione seguita su l'art. 921 non poteva mancar d' influire, nell' uno o nell' altro senso, su l' art. 857.

Or, dietro animate disussioni, in cui eminenti oratori pretesero che *le cose, dalla riduzione fatte tornare alla eredità, assumendo il carattere di beni ereditarii, divengono pegno de' creditori ereditarii* (Murai, ved. Fenet, t. VII, p. 310), il progetto dell' art. 921 venne dapprima compilato nella seguente guisa:

« La riduzione potrà dimandarsi da coloro
« a pro de' quali la legge stabilisce la riserva,
« dai loro eredi o aventi causa; essa non po-
« tesse esser loro dai donatarii o legatarii, nè dai
« creditori del defunto, salvo a' creditori me-
« desimi lo esercitare i loro diritti sui beni
« riacquistati per effetto della riduzione
« stessa. » Fenet, loc. cit., p. 424).

Ma per contrario la sezione di legislazione propose statuirsi che *la riduzione non potrà giovare ai creditori del defunto* (Fenet, loc. cit., p. 447).

Ed alla per fine cotesta fu la soluzione legislativamente sancita con l' art. 921, ed al certo con sommo fondamento! avvegnachè pretendere che i beni donati, tornati alla eredità, assumano, eziandio rispetto ai creditori del defunto, il carattere di beni ereditarii, si era commettere, come affermasi, una petizione di principio! dappoichè negasi precisamente che i beni donati tornino alla eredità rispetto a' ereditari!

998. — Non tornando alla eredità i beni donati, relativamente ai creditori del defunto, la giuridica ed equa conseguenza sembra doverne essere che, come la collazione di tali beni non può loro giovare, così del pari non debbe nuocer loro.

A cagion di esempio puossi addurre la seguente ipotesi, la quale di fatti è di natura tale da poter sovente avvenire:

Il padre di due figliuoli ha donato tra vivi ad un di essi 400,000 fr. senza esenzione dalla collazione.

Egli muore lasciando nella eredità 100,000 fr. di attivo e 400,000 di passivo.

I due figliuoli accettano la eredità; e ciascun di essi diviene conseguentemente debitore di 50,000 fr. verso i ereditari (articoli 873, 1220 — 794, 1173).

Ma avendo uno de' figliuoli ricevuto tra vivi 400,000 fr., ed i beni rinvenuti in tempo della morte ascendendo a soli 400,000 fr., chi nulla abbia ricevuto, prende per sua quota tutti i beni rinvenuti nel momento della morte; mentre l' altro riterrà prendendo di meno per sua quota, i 400,000, fr. donatigli tra vivi.

Ed ora, se sia insolubile, ovvero se, essendo solubile, abbia accettato col beneficio dello inventario, ne conseguità forse che i ereditari ereditarii potranno agire per metà, nel caso in esame, per 50,000., contro quello tra' figliuoli che in ultima analisi consegua la totalità de' beni ereditarii?

Dalle quali cose conseguirebbe che perderebbero la metà del loro eredito, mentre vi sarebbe un attivo ereditario sufficiente a soddisfarli integralmente!

Conveniamo poter sembrare delicata la soluzione di tal questione, in conformità del principio della divisione de' debiti fra gli eredi; e vogliamo differire di risolverla precisamente perchè debbe rinvenire, a parer nostro, la vera sua soluzione nella sezione riguardante il pagamento dei debitori, e mercè delle regole su la separazione de' patrimoni, che or ora ci faremo ad esporre.

Nulladimeno in questo momento dichiariamo, in quanto a noi, sembrarci inammissibile cosiffatto risultato; e, per limitarci qui a quello argomento annodandoci direttamente al nostro attuale subbietto, affermiamo non potere i beni donati tornare alla eredità contro l' interesse de' creditori del defunto, mentre non vi tornano nel loro interesse; esser mestieri ad evidenza che i beni medesimi, ri-

spetto ai creditori ereditari, trovinsi affatto compresi o esclusi dalla eredità; e, in ultima analisi, non dovere la collazione, essendo loro assolutamente estranea, nuocere ad essi del pari che non può ad essi giovare.

999. — Ciò che fa di mestieri osservare ancora si è che lo stesso erede, quando sia creditore della eredità, debbe essere, in qualità di creditore, riguardato, rispetto alle collazioni, come un creditore ordinario: abbisogna già affermato che le qualità di erede e di legatario o di creditore, comunque riunite nella stessa persona, rimangano sempre distinte (supra, num. 986).

Di qui discendono due conseguenze, cioè una contro di esso, l'altra a favor suo; ma logicamente derivanti entrambe da questo comune principio:

1. Egli non ha diritto d'imputare il suo credito su' beni, di cui debbe la collazione: del pari che non ha diritto di farselo pagare su' beni, de' quali i suoi coeredi debbono la collazione (confr. decis. C. di Parigi 40 ag. 1813; Poinot, Dev., 1844, II, 514; di Parigi 16 marzo 1850, Morisseau, Dev., 1850, II, 321; Duvergier sopra Toullier, t. II, num. 465, nota a).

2. Egli ha diritto di farsi pagare sui beni della eredità, senza che possa venire astretto ad imputare il suo credito sui beni di cui debbe la collazione, nè su quelli di cui è ad esso dovuta la collazione medesima (confr. arresti C. cass. 40 lug. 1844, Fourment, Dev., 1844, II, 593; 5 giugno 1819, Deelerck, Dev., 1819, I, 705; Zacharine, Aubry e Rau, t. V, p. 308).

1000. — Ma una generica obiezione non potrebbe forse nuocere avverso l'intera dottrina da noi esposta, a norma di cui i legatari ed i creditori del defunto non possono dimandare la collazione nè cavarne vantaggio.

Non potrebbe sostenere:

I creditori particolari di ciascuno degli eredi potere, in nome del debitore dimandare la collazione (supra, n. 982);

Or i creditori della eredità (ed anzi anche i legatari, a eredere di coloro i quali avvisano esser l'erede tenuto dei legati *ultra vires*) son divenuti i creditori particolari dell'erede, il quale abbia puramente e semplicemente accettato la eredità.

Dunque possono dimandare la collazione ed esercitare procedimenti per venire soddisfatti su' beni che ne formano l'oggetto.

Nulla evvi da rispondere!

E la obiezione, ne' termini in cui viene dedotta, riesco al certo trionfante! (Confr. arresto C. cass. 2 aprile anno XII, Buisson, Sirey, 1804, I, 387).

Ma forse per tal ragione l'art. 857 torna assolutamente inapplicabile?

Apparentemente no!

Ciò che fa di mestieri inferirne semplicemente si è tornare esso inapplicabile rispetto a quelli eredi i quali merco pura e semplice accettazione, confusero i lor beni particolari coi beni della eredità; talchè gli uni e gli altri divennero di fatti egualmente pegno dei creditori della eredità o dei legatari.

Ma per contrario l'art. 857 sarà sommanente suscettivo di applicazione, quando i beni della eredità non verranno confusi coi beni particolari dell'erede.

Tanto può avvenire in due casi:

4. Come già osservammo, in caso di scettazione col beneficio dello inventario (confr. il tomo III, n. 464 e 213; Pothier, *Delle success.*, cap. IV, art. 41, § 6);

2. Come ora ravviseremo, nei casi di separazione de' patrimoni; dappoichè la preferenza emergente dalla separazione de' patrimoni a pro de' creditori della eredità e dei legatari avverso i creditori particolari dell'erede può esercitarsi unicamente sui beni della eredità, ovvero, come dichiarano i testi medesimi, sul patrimonio del defunto (art. 878, 2111 — 798, 4997); or i beni donati tra vivi dal defunto non formano più parte del suo patrimonio nè della sua eredità (confr. Demante, t. III, n. 492 bis, 1).

§ II.

Quali vantaggi godono sottoposti a collazione!

SOMMARIO.

1081. — Divisione.

1001. — La collazione può avere per oggetto:

A. I legati;

B. Le donazioni tra vivi;

C. Ed anzi anche, sotto alcuni rapporti, i debiti (supra, n. 848).

Dobbiamo successivamente ragionarne.

A. Della collazione de' legati.

SOMMARIO.

1002. — Tutti i legati non fatti espressamente per ante parte
vna sottoposti a collazione; e son degni di distinguere
i legati a titolo universale dai legati a titolo particolare.

1003. — In qual modo è d'opo intendere ed applicare l' ob-
bligo della collazione rispetto a' legati? L' erede legata-
rio può forse dimandare che la cosa legata vada com-
presa nella sua quota per mezzo di attribuzione alio alla
concorrenza del suo valore?

1004. — Osservazione.

1005. — Già osservammo, in conformità
dell' art. 843 — 762, l' erede non poter re-
clamare i legati fattigli dal defunto, tranne
quando gli si fecero espressamente per ante-
parte.

Questa generica espressione della legge
comprende ad evidenza tutti i legati; e quin-
di non evvi luogo a distinguere i legati a ti-
tolo universale dai legati a titolo particolare.

Dunque gli uni e gli altri debbono egual-
mente andar sottoposti a collazione.

1006. — Ma in qual modo è mestieri in-
tendere ed applicare siffatta obbligazione
della collazione relativamente ai legati?

Forse le cose legate rimarranno nella mas-
sa per ripartirsi, al pari di tutti gli altri beoi
ereditarij, nelle varie quote da estrarsi a
sorte?

Ovvero per contrario non debbono forse
comprendersi nella quota dell' erede legata-
rio, che le conseguisse così mercè attribuzio-
ne, computandole, sino alla concorrenza del
loro valore, su la sua quota ereditaria?

Procacioso è lo scioglimento di cotesta
quistione; e tre opinioni possono all' uopo
compiangere:

I. Primamente, in conformità di una opi-
nione « l' obbligo della collazione, relativa-
mente ai legati, ha per effetto di neutraliz-
zare compiutamente la disposizione testa-
mentaria, da riguardare non avvenuta; »
e per la quale conseguentemente viene sta-
tuito che « la collazione dei legati ha luogo
lasciando nella massa ereditaria g' i oggetti
da conferirsi, come se la disposizione testa-
mentaria rachiudente i legati non esistes-
se. » (Zachariae, Anby e Ran, t. V, p. 333,
Massé e Vergé, t. II, p. 409; Chabot, art.
843, n. 40; Duranton, t. VII, n. 214; Taulier,
t. III, p. 312).

Torna indubitato potersi invece con som-
ma efficacia, in questo scopo, lo stesso testo
della legge:

L' art. 843 — 762 dichiara, nei più asso-
luti termini, l' erede non poter reclamare i
legati fattigli dal defunto senza escenzione
dalla collazione;

Or per contrario potrebbe reclamarli, se
avesse diritto di conseguirli sotto l' unica con-
dizione di computarli su la sua quota;

Dunque il conferirgli tal diritto è violare
il testo medesimo dell' art. 843.

Puossi soggiungere che il legislatore, bene
o male, avrà considerato indubitamente il
testatore aver semplicemente voluto conferire
al suo erede la facoltà di scegliere il legato o
la sua porzione ereditaria.

Laonde, a norma di siffatta prima opinio-
ne, l' erede non potrebbe mai conseguire l'og-
getto legato computandolo su la sua quota.

II. I propugnatori della seconda opinione,
affatto estrema in opposto senso, insegnano
aver sempre l' erede diritto di dimandare che
la cosa legata vada compresa nella sua quota,
mercè imputazione su la sua porzione eredi-
taria.

Talo sembra essere la dottrina professata
da Troplong, il quale scrisse:

« Potera supporre che il legato abbia av-
uto per iscopo meno la quantità che la qua-
lità della cosa, e che il testatore abbia voluto
puramente e semplicemente che uno de' suoi
eredi avesse la proprietà (indivisa) ed e-
sclusiva di un determinato oggetto della sua
eredità, salvo il compensare i suoi coeredi
sino alla concorrenza del valore del legato. »
(Delle donaz. e de' testamenti, t. II, nume-
ro 881).

Se questa seconda opinione non trovasi
sorretta dal testo della legge, torna indubita-
to poter venire sommanente avvalorata altre-
si dalla presunta intenzione del defunto, e
quindi dal presunto intendimento dello stesso
legislatore, il quale la preode sempre a guida
nella subbietta materia.

In vero il defunto non potrebbe presuma-
re non aver voluto far nulla del tutto i e la
stesso legislatore non potrebbe ragionevolmen-
te poggiare una legislativa disposizione sopra
tal presunzione!

Or precisamente questo è il risultamento
della opinione, in conformità della quale la
cosa legata debbe rimanere nella massa di-
visibile, ed i propugnatori stessi di tale opi-
nion il riconoscono, sostenendo doversi il
legato riguardare non avvenuto ed affatto
inutile!

È ben vero i propugnatori di cotesta opi-

nione soggiungere che l'erede avrebbe potuto attribuire effetto al legato, rinunciando alla eredità, e che precisamente cotesto diritto il defunto si presume aver voluto conferirgli, il diritto cioè di preseguire il legato col rinunciare, ovvero la porzione ereditaria con l'accettare.

Ma siffatta spiegazione torna manifestamente insufficiente: indubitabilmente in alcuni casi il legato fatto all'erede assume importanza tale da potersi credere avere inteso il defunto che l'erede dovrebbe esserne contento e che non potrebbe cumularlo con la sua quota ereditaria: il defunto ha potuto volere, a cagion di esempio, assumendo egli medesimo la parte di uno o più de' suoi eredi, antivenire tra essi una divisione, di cui antivedeva le difficoltà; ma è questa una eccezionale ipotesi; ed è forza aggiugnere eziandio che il defunto, se tale sia la volontà sua, non mancherà giammai di spiegarsi positivamente all'uopo.

Per contrario in tutti gli altri casi, val dire nei casi più frequenti, non verrà in mente al testatore il bisogno di spiegare la sua volontà, quando faccia ad uno dei suoi eredi un legato, il cui valore sia ad evidenza minor di quello della sua quota ereditaria.

A cagion di esempio un padre lascia a ciascuno de' suoi tre figli 200,000 fr. di beni; e lega ad un di essi il suo oriuolo che vale 4000 fr., o la sua biblioteca che vale 10,000 fr., ovvero una piccola casa di campagna la quale valga 20,000 fr.

Chi mai potrebbe sostenere che quel padre abbia conferito ad uno de' figliuoli la facoltà di scegliere fra la sua quota ereditaria di 200,000 fr. ed il legato di 4000 o di 10,000 oppure di 20,000 l

In simile caso al certo potrebbesi divisare che la liberalità testamentaria avrebbe dovuto, pel semplice suo carattere, considerarsi fatta per ante parte; ed è già alquanto rilevante che il legislatore del Codice Napoleone, per una malaugurata reminiscenza dell'antica incompatibilità delle qualità di erede o legatario, abbia diversamente statuito: almeno è uopo non esagerare ancora le conseguenze di siffatta anomalia, privando il legato attribuito al successibile di ogni specie di effetto!

Dunque l'unico mezzo di conciliare il testo del Codice con la manifesta intenzione del defunto e con la ragione si è il concludere che l'oggetto legato si dovrà, sino alla con-

corronza del suo valore, imputare su la quota dell'erede.

III. Finalmente una terza opinione, che in quanto a noi erediamo dover proporre, opinione mista ed intermedia, consiste nel sostenere che l'erede potrà dimandare che la cosa legatagli dal defunto vada compresa nella quota e computata su la sua porzione ereditaria, qualora la collazione possa farsi col prendere di meno; e che egli nol potrà per contrario, qualora la collazione debba farsi in natura:

4. Dai varii articoli della nostra sezione risulta, come già osservammo, che i compilatori del Codice hanno applicato ai legati la dottrina della collazione, del pari che alle donazioni tra vivi, per quanto il comporta la particolare natura de' legati (813, 844, 847, 848, 849 — 762, 763, 766, 767 e 768); e quindi è uopo di fatti applicare a' legati, del pari che alle donazioni tra vivi, le regole della collazione, sia circa la questione in quali casi siavi o pur no esenzione dalla collazione; sia circa la questione in qual modo abbia luogo la collazione, se in natura o col prendere di meno;

Or, in conformità dell'art. 859 — 778, la collazione de' immobili si fa col prendere di meno, quando trovinsi nella eredità immobili della stessa natura, valore e pregio, di cui possonsi formar quote pressochè eguali per gli altri coeredi; ed in conformità dell'art. 868 — 787, la collazione de' mobili si fa col prendere di meno;

Dunque la collazione di un immobile legato si farà col prendere di meno nel caso contemplato con l'art. 859: dunque la collazione de' mobili legati non si farà mai se non col prendere di meno, in conformità de' l'articolo 868.

Oppure, in altri termini, l'erede legatario potrà ottenere che l'immobile legato gli vada compreso nella sua quota, per applicazione dell'art. 859; e che i mobili formanti l'oggetto del suo legato gli vengano attribuiti, per applicazione dell'art. 868.

Eccetto questi casi, e quando la collazione delle cose donate tra vivi dovrebbe aver luogo in natura, la cosa legata all'erede dovrebbe altresì, a parer nostro, rimanere nella massa divisibile.

Ma almeno cotesta teorica attribuisce un rilevante effetto ai legati de' mobili, ed eziandio, in un determinato caso, ai legati d'immobili fatti all'erede.

2. È ciò violare il testo medesimo dell' articolo 843, dicono i propugnatori della prima opinione!

Non avvisiamo così.

Quando l' art. 843 dichiara non poter l'erede reclamare i legati fatti dal defunto senza esenzione dalla collazione, ad evidenza dimostra non poter l'erede reclamare i legati medesimi come fatti senza esenzione dalla collazione; val dire, in altri termini, che esso dichiara esser l'erede obbligato alla collazione dei legati, come alla collazione delle donazioni tra vivi;

Or precisamente ciò noi affermiamo!

E noi pogliamo il nostro sentimento su l'obbligo della collazione imposto all'erede donatario, per inferirne esser tenuto alla collazione nel modo onde la legge dichiara esser tenuto lo stesso erede donatario.

3. E, rispetto alla seconda opinione, se ci neghiamo ad ammetterla la ragione non è, non sembrarci, nella maggior parte dei casi, unisona alla verosimile intenzione del defunto: noi stessi già appalesammo il divisamento che non tornava troppo agevole lo spiegare, sotto l'impero del nostro odierno diritto, l'obbligo della collazione applicato a' legati; ma in ultima analisi fa di mestieri ammettere la esistenza di questo obbligo: or la seconda opinione a' credere nostro, manifestamente se ne diparte quando i suoi propugnatori statuiscano in assoluto modo poter l'erede legatario in tutti i casi, dimandare che la cosa legata vada compresa nella sua quota mercè attribuzione.

Di fatti quale è mai la base di cotesta dottrina?

Dilemma:

O l'erede non dee la collazione del legato, ed allora è uopo che l'ottenga senza alcuna imputazione su la sua quota;

O ne dee la collazione, come testualmente vien dichiarato! ed allora è uopo apparentemente che il conferisca, dovendone la collazione?

Dunque l'unico mezzo di soccorrerlo si è permettergli di fare la collazione col prendere di meno, nel caso di fatti in cui la legge dichiara potersi praticare in tal guisa.

È questa pure la nostra conclusione (confr. Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, num. 689 e 724; Demante, t. III, num. 477 bis, I; Mourlon, Rep. scritto, t. II, p. 448; agg. eziandio Delvincourt, tomo II, pag. 37, nota 4).

DEMOLOMBE, Vol. VIII.

4004. — Altronde in più luoghi già ci spiegammo intorno alla collazione de' legati; e basta il rimetterci quivi (*supra*, num. 864, 985 e seg.)

B. Della collazione delle donazioni tra vivi.

SOMMARIO.

1005. — Divisione.

4005. — Dobbiamo qui disaminare due precipui obbietti:

I. Primieramente di quali cose la collazione sia dovuta;

II. In secondo luogo di quali cose la collazione non sia dovuta.

I.

Di quali cose la collazione sia dovuta.

SOMMARIO

1006. — L'erede debbe porre in collazione tutto ciò che abbia ricevuto dal defunto per donazione tra vivi, direttamente o indirettamente.

1007. — Continuazione.

1008. — L'erede debbe conferire sol quando abbia ricevuto e ciò che abbia ricevuto. — *Quid*, se la figliuola, cui il padre aveva costituito una dote, abbia rinunciato al diritto di esigerla?

1009. — *Quid*, se sia trascorso un trentennio dopo la esigibilità della dote costituita dal padre alla figliuola? come presumasi averla ricevuta?

1010. — La figliuola, la quale non ricavava la dote costituita dal padre, non può dimandarla dalla sua eredità: doppiocchè, se l'avesse ricevuta, sarebbe incerta conferirla; ed il marito non ha, sotto questo rapporto, maggior diritto di lei.

1011. — Se l'erede debbe conferire soltanto ciò che abbia ricevuto, debbe conferire almeno tutto ciò che abbia ricevuto. — *Esempio*.

1012. — Nondimeno l'erede è tenuto a conferire unicamente ciò che abbia ricevuto dal defunto.

1013. — Continuazione.

1014. — Continuazione. — *Esempio* desunto dall'articolo 1509.

1015. — Continuazione. — La dimenzione, data dal padre a pro di uno de' figliuoli, di un pubblico impiego da lui esercitato costituisce forse un vantaggio sottoposto a collazione?

1016. — Continuazione?

1017. — L'erede è tenuto conferire unicamente ciò che abbia ricevuto dal defunto per donazione tra vivi, val dire a titolo gratuito.

1018. — Lo donazioni, o più generalmente le liberalità, do-
nominate remuneratorie o onerose, van forse sottoposte
a collazione?
1019. — Continuazione. — Della donazione remuneratoria.
1020. — Continuazione.
1021. — Della donazione onerosa.
1022. — *Quid* rispetto alle donazioni ambiziovoli?
1023. — Le donazioni per contratto di matrimonio van sot-
toposte alla collazione ni pari di tutte le altre dona-
zioni.
1024. — Se l'erede debbe conferire ciò che abbia ricevuto
per donazione tra vivi, debbo conferire tutto ciò che
abbia ricevuto per donazioni tra vivi.
1025. — Continuazione. — È o no forse considerare se la
donazione tra vivi sia regolare, nella sostanza e nella
forma, per istituire se vada o par no sottoposta a col-
lazione?
1026. — Poco monta l'epoca, più o meno remota, in cui la
donazione venne fatta.
1027. — L'erede debbe conferire tutto ciò che abbia rice-
vuto dal defunto per donazione tra vivi direttamente o
indirettamente. — Qual è mai il senso di questo voca-
bolo?
1028. — Le donazioni massali van forse sottoposte a col-
lazione?
1029. — Continuazione. — Delle questioni di prova ed indi-
visibilità di confessione, sorgono spesso in occasione
delle domande di collazione delle donazioni massali.
1030. — Per dichiarare o no donazione massale sottoposta
alla collazione, ovi forse luogo a considerare l'impor-
tanza più o men grave del valore dell'oggetto donato?
1031. — Gli indiretti vantaggi van soggetti a collazione. — In
quali modi possono farsi?
1032. — Quando il defunto abbia rimesso ad un legato, ad
una eredità o ad una concessione di beni, per farne ri-
dondare il vantaggio ad uno de' suoi successibili come
se dire fosse la collazione?
1033. — Continuazione.
1034. — Della nomina di uno de' successibili a pubbliche
funzioni esercitate dal defunto. — In quali casi questa
nomina costituisca un indiretto vantaggio sottoposto al-
la collazione?
1035. — Continuazione.
1036. — Continuazione.
1037. — Continuazione. — *Quid*, relativamente ai brevetti
dei maestri di posta?
- 1037 bis. — Le costruzioni, o altre spese fatte dal defunto,
col proprio danaro, su la cosa di uno dei successibili,
costituiscono esse indiretti vantaggi.
1038. — Avverrebbe lo stesso dell'acquisto di una cosa fat-
ta dal defunto in nome di uno dei suoi successibili.
1039. — Più generalmente è o no considerare come indi-
retto vantaggio, sottoposto a collazione, ogni utile
paleoso fatto dal defunto nell'interesse di uno dei suoi
successibili, sia pel suo collocamento dei suoi debiti, sia
per ogni altra cosa.
1040. — Di ciò che si sia adoperato per lo stabilimento di
uno de' coeredi.
1041. — Continuazione. — Qual è mai il senso del vocabolo
stabilimento?
1042. — Continuazione.
1043. — Di ciò che venne impiegato per la estinzione de' le-
biti di uno dei coeredi. — È mestieri però che il defunto
non abbia estinto il proprio debito. — Esempio.
1044. — Continuazione.
1045. — La collazione sarebbe dovuta dall'erede, anche
quando i debiti soddisfatti dal defunto lo veda con un
avversario posto dar luogo avversario di lui ad azione e
condanna giudiziale? — Esposizione. — Distinzione.
1046. — A. Dal caso in cui questa specie di debiti vennero
pagati dal defunto per un successibile di età maggiore e
che possa liberamente disporre dei propri diritti.
1047. — B. Del caso in cui vennero pagati per un successi-
bile di età minore, emancipato o par so.
1048. — Continuazione.
1049. Continuazione. — Conclusione.
1050. — È forse dovuta la collazione di ciò che venne preso
dai genitori per far surrogare il figliuolo nel servizio mi-
litare?
1051. — Continuazione.
1052. — Continuazione. — Il figliuolo debbe forse la col-
lazione dello spese di viaggio, osteria, ec., cui la sua su-
rogazione nel servizio militare potesse dar luogo?
1053. — La collazione dello somma sborsata dal defunto, pel
pagamento del debito del coerede, debbe aver luogo,
anche quando il debito medesimo avesse avuto per
causa, da parte del coerede debitore verso il creditore,
interessi, annuità arretrati, estagii o pigioni.
1054. — Quando il defunto impiegò somme per collocare
uno dei coeredi, per estinguere i suoi debiti o per ogni
altra causa di tal genere, molto rileva il conoscere con
quale spirito egli agì e qual fu il suo intendimento; se
volle fare una donazione o un prelato. — Esposizione.
1055. — Continuazione.
1056. — Taluni atti fatti dal defunto a pro di un terzo o con
un terzo, possono altresì contenere un indiretto vantag-
gio a pro di uno dei coeredi. — Esempi.
1057. — Continuazione.
1058. — Può forse ravvisarsi un indiretto vantaggio, suscitato
di dar luogo alla collazione, nella fidelizzazione del
successibile fatta dal suo tutore?
1059. — Continuazione.
1060. Gli indiretti vantaggi possono ancora emergere, a pro
di uno dei successibili, da atti agiti tra il defunto e
lui. — Esempi.
1061. — Continuazione.
1062. — Segnatamente in occasione dei contratti a titolo o-
neroso, agiti tra il defunto ed uno dei suoi successi-
bili, cotesta tesi degli indiretti vantaggi addivieno riva-
nte. — Quindi il legislatore se ne è specialmente oc-
cupato.
1063. — Continuazione. — Esposizione. — Divisione.
1064. — A. I contratti a titolo oneroso sono locati fra una
persona ad uno dei suoi successibili; o, quando ab-
biano avuto luogo di buona fede, producono tra il suc-
cessibile ed il suo autore gli stessi effetti che produ-
rebbero fra due estranei.
1065. — Continuazione. — I contratti medesimi neppur van-
no sottoposti in questo caso ad alcuna particolare co-
dizione.
1066. — Non pertanto evvi occasione relativamente alle so-
cietà per cui il Codice ha richiesto talune speciali co-

diritti. — Quali ne sono i motivi.

1067. — Continuazione.

1068. — Continuazione.

1069. — L'atto autentico richiesto dall'art. 851 può forse surrogarsi con qualche equivalente?

1070. — Continuazione.

1071. — Continuazione. — *Quid relativamente alle società in partecipazione?*

1072. Continuazione. — *Qual è mai la sanzione dell'articolo 854 nel richiedere che la condizione della società debba esser firmata mercè atto autentico?*

1073. Continuazione.

1074. — L'articolo 851 è forse applicabile alle società universali?

1075. — L'art. 851 è applicabile alle sole società fra il defunto ed uno degli eredi. — *Consequenze.*

1076. — Quando le convenzioni o società, tra il defunto ed uno degli eredi vennero formate di buona fede ed in conformità degli art. 853 ed 854, l'erede non dee la collazione dei vantaggi che potesse averne.

1077. — Continuazione. — *Avverrebbe così anche quando i vantaggi fossero stati pressappoco certi.*

1078. — Poco monta altresì che i vantaggi sieno più o meno considerevoli.

1079. — Il genitore senza degli art. 853 ed 854 si è aver l'erede diritto di far produrre alla convenzione o alla società, rispetto a' suoi coeredi, tutti gli effetti che avrebbe avuto diritto di farlo produrre verso il defunto.

1080. — Conseguentemente l'erede "il quale" conviene col defunto un contratto a titolo oneroso può dedurre contro i suoi eredi gli stessi mezzi di difesa e di liberazione che avrebbe potuto dedurre avverso lo stesso defunto.

1081. — 1. L'erede debbe continuare a godere avverso la eredità, del termine di cui aveva diritto di godere avverso il suo autore.

1082. — 2. L'erede non potrebbe esser tenuto, verso la eredità, a pagare interessi, se non dovesse pagarne al defunto prima della scadenza, o pagare alla eredità interessi maggiori di quelli che avrebbe dovuto pagare al defunto.

1083. — 3. Queste specie di debiti, quando non trovansi esigibili nel momento della divisione, non potrebbero autorizzare, da parte degli altri successibili, alcun provvedimento su la porzione ereditaria del successibile debitore.

1084. — 4. Qual è mai, relativamente all'obbligo della collazione, l'effetto della remissione consentita o subita dal defunto in un accordo dopo il fallimento del successibile debitore?

1085. — 5. L'erede può forse opporre alla eredità la prescrizione che avrebbe potuto opporre al defunto?

1086. — Il successibile, col il defunto fece remissione di un capitale col peso di una rendita perpetua, è forse tenuto di conferire alla eredità lo stesso capitale? ovvero per contrario può pretendere dovergli semplicemente il pagamento delle annualità?

1087. — 6. Quando i contratti a titolo oneroso, tra il defunto ed il suo successibile, ebbero luogo con intendimento di vantaggare costui, nel momento del contratto e col formare il contratto medesimo, il successibile è tenuto a conferire i vantaggi che abbino ritirati.

1088. — Continuazione. — *Non dogliasi distinguere all'uopo i vantaggi indiretti patenti da' vantaggi indiretti mascherati.* — *Rimando.*

1089. — In quali casi potraasi pretendere che la convenzione o la società, seguita tra il defunto ed uno degli eredi, racchiudeva un indiretto vantaggio?

1090. — Continuazione. — *Esempio desunto dalla vendita.*

1091. — Continuazione. — *Esempio desunto dalla società.*

1092. — Continuazione. — *Esempio desunto dalla locazione.*

1093. — Quando la convenzione offiva un indiretto vantaggio nel momento in cui fu fatta, l'obbligo della collazione che ne discende produce forse l'effetto di annientare interamente la convenzione medesima? oppure per contrario ovvi luogo semplicemente a defalcare l'indiretto vantaggio che abbia procurato al successibile?

1094. — Continuazione. — *Qual mai debbe essere l'oggetto della collazione quando il defunto abbia venduto, per es. prezzo minore del suo effettivo valore, un immobile ad uno de' suoi successibili?*

1095. — Continuazione.

1096. — Continuazione.

1097. — *Quid se trattasi di locazione fatta dal defunto ad uno de' suoi successibili racchiudente un indiretto vantaggio?*

1098. — Quando la convenzione angusta tra il defunto ed uno degli eredi trovasi realizzata per effetto della collazione, la eredità debbe indennizzare l'erede di tutto ciò che abbia erogato, ed anche più generalmente di tutto ciò di cui la restituzione medesima possa avere per risultamento di costituire la stessa eredità debitrici verso di lui.

1099. — L'art. 918 arrecca una rilevante eccezione al principio testè esposto. — *Su quali motivi tale eccezione trovasi fondata?*

1100. — Il predetto art. 918 fu desunto dalla legge del 17 scorso anno II; non pertanto scorgonsi all'uopo parecchie rilevanti differenze tra la legge del 17 scorso ed il Codice Napoleonico.

1101. — Del consenso che gli altri successibili possono, nel corso stesso della vita del loro autore, prestare alle specie di operazioni in esame.

1102. — *Rimando al titolo delle donazioni tra vivi e de' testamenti.*

1103. — L'art. 918 è forse applicabile tra gli eredi della linea diretta ascendente come fra gli eredi della linea diretta discendente?

1104. — *Quid, relativamente ai collaterali?*

1105. — Continuazione.

4006. — *A norma dell'art. 843 — 762 qualunque erede ... dee conferire tutto ciò che ha ricevuto dal defunto per donazione tra vivi o direttamente che indirettamente.*

Tutto ciò che ha ricevuto!

Nessuna formola potrebbe essere più generica; e ravviseremo di fatti ogni vantaggio ricevuto dal defunto da uno degli eredi andar sottoposto alla collazione.

Quindi lice meravigliarsi che l'erede do-

natario per anticipazione di eredità, senza clausola di anteparte, ebbe la idea di porre in campo la pretesione di ritenere, accettando la eredità, la quota disponibile oltre la sua porzione ereditaria!

Anzi sembra che con sentenza di prima istanza si fosse primamente ammossa similgiante pretesione, dappoichè annullando ed emendando la Corte di Grenoble dovette applicare la regola clementare fermata con tutti gli articoli in esame (art. 843, 844; 845—762, 763, 764), che l'erede donatarin senza esenzione dalla collazione debba conferire la donazione da lui ricevuta! (Sentenza 4 febbraio 1841, Roch, Dev., 1842, II, 454).

1007. — La espressione tutto ciò che ha ricevuto ... comprende tutto ciò che potette fornir l'oggetto di una donazione del defunto ad uno de' successibili.

E Guy-Coquille con sommo fondamento affermava: « doversi far la collazione di ogni specie di beni tanto mobili quanto immobili ... » (su l'art. 44 del titolo delle donazioni della cons. del Nivernese.)

Cotesta regola, sempre inconcussa sotto l'impero del nostro antico diritto, è parimente ineluttabile oggidì vigente il nostro novello diritto; e torna incontrastabile applicarsi la collazione ad ogni specie di beni, mobili o immobili, corporali o incorporali.

Indubitatamente rinvengono differenze nel modo onde ha luogo la collazione degli uni e degli altri: non se ne rinviene alcuna circa l'obbligo stesso della collazione (conf. art. 845, 859, 868 — 764, 778, 787).

1008. — Nulladimeno è uopo però, per andar l'erede sottoposto all'obbligo di conferire, che abbia di fatti ricevuto qualche cosa dal defunto (art. 843).

Conferire, porre in collazione dinota restituire; e puossi restituire unicamente ciò che si ricevette.

Il padre, a cagion di esempin, promise una dote ad una delle figliuole col contratto di matrimonio; ma non la pagò a lei, nè al genero.

È manifesto che la figliuola non potrebbe esser tenuta a conferirla nella eredità sua.

Ciò torna manifesto nel caso in cui la mancanza di pagamento della dote non provenisse dalla volontà nè dal fatto personale della figliuola, come se la scadenza indicata pel pagamento non fosse ancora giunta, quando siasi aperta la successione del padre, ovvero se il padre fosse deceduto o fallito.

Ma debbesi parimente seguitare cotesta soluzione eziandio nel caso in cui per volontà sua, e per proprio fallo, la figliuola non avesse ricevuto la dote promessagli, come se, per esempio, vi avesse rinunziato; dappoichè non isceorgesi con qual titolo nè in forza di qual diritto i suoi coeredi, nel determinante della paterna eredità, le potrebbero dimandar conto di siffatta rinunzia, e pretendere renderla responsabile verso di essi della remissione da lei fatta al padre della dote promessale.

Non pertanto cotesto principio fu vigorosamente oppugnato; anzi soggiacque dapprima a giudiziaria disapprovazione; ma dappoi riassunse grave enorgia; e crediamo impossibile attualmente il disconoscerlo.

All'uopo rinviensi nella sentenza del tribunale civile di Caen del 14 febbraio 1844 la seguente considerazione assai ben motivata.

« Atteso che il figliuolo o l'erede presuntivo vantaggiato debbe ai suoi coeredi la collazione non di ciò che gli fu promesso, ma semplicemente di ciò che ricevette dal defunto per anticipazione di eredità; che, durante la vita del donante, egli non può rappresentare menomamente i suoi coeredi, e che non è tenuto chiedere al donante, nel loro interesse, l'adempimento delle sue promesse; che può rinunziare al beneficio della donazione fattagli, rimettere le somme promesse o restituirle, se gli furono pagate; che egli non lede menomamente i loro diritti sulle somme o i valori donati o promessi; e che tutto ciò che possono pretendere si è la eguale divisione de' beni esistenti nella eredità effettivamente o fittiziamente ... » (*Hervieu-Duclos*, Dev., 1847, II, 573).

Anzi poco monterebbe che la figliuola dotata si trovasse, atteso il sistema onde contrasse matrimonio, nella legale incapacità di consentire la remissione medesima della dote a pro del padre: tal era precisamente la specie *Hervieu-Duclos*: la figliuola, maritata sotto la regola dotale, aveva rinunziato a dimandare in qualità di creditrice della dote una tangente nel fallimento del padre; ed i coeredi pretendevano dover ella conferire nella eredità, se non l'intero capitale da lei non ricevuto, almeno la tangente pro rata che avrebbe ricevuto, se non avesse rinunziato.

Ma dunque con qual titolo ed in qual qualità potevano egli muovere siffatta pretesione?

Forse da parte della loro sorella ?

Ad evidenza no; dappoichè non erano suoi creditori; e le sue relazioni, sia col marito, sia con la costui eredità, tornavano loro affatto estranee;

Forse direttamente ?

Neppure ad evidenza; dappoichè direttamente avevano semplicemente diritto di dimandare alla sorella la collazione di ciò che ricevette; or la sorella nulla aveva ricevuto! (Confr. arresto C. cass. 21 luglio 1846, Leccesne, Hervieu-Duclos, Dev., 1846, I, 826; decis. C. di Rouen 29 genn. 1817, stesse parti, Dev., 1847, II, 572).

In vero la collazione ha per iscopo di ristabilire la eguaglianza proporzionale nella ripartizione, fra gli eredi, dei beni che appartennero al defunto; e quindi può avere per obbietto unicamente i beni medesimi, onde uno dei suoi successibili venne da lui vantaggiato.

Per le quali cose Pothier, vigente il nostro antico diritto, intorno ad una ipotesi assai consimile alla nostra, in materia di legittima insegnava che :

« La figliuola non va esclusa dal diritto di succedere, nè conseguentemente di dimandare la sua legittima, se non quando abbia ricevuto la dote a lei costituita : ecco perchè, egli dice, Lebrun benissimo avvisa, contro il sentimento di Papon, che se il padre avesse promesso semplicemente la dote esigibile dopo la sua morte, la figliuola non verrebbe esclusa dalla eredità; dappoichè ne viene esclusa soltanto la figliuola dotata; ed ella non lo è quando nulla abbia ricevuto. »

Finalmente Pothier soggiungeva:

« Vassi incontro a maggiore difficoltà, se la dote fosse esigibile ed il genero, in tempo della morte del suocero, non se ne facesse soddisfare; dappoichè, essendo stato in sua balla il farcene soddisfare, ed essendo decorso gl'interessi, la figliuola debbe reputarsi dotata: nondimeno, eziandio in tal caso, Lebrun opinò la figliuola non andare esclusa dalla successione, nè conseguentemente dalla legittima. » (Delle donazioni tra vivi, sez. III, art. 5, § 1.)

Con quanta maggior ragione siffatta dotrina debbe venire ammessa oggidì, nella subbietta materia delle collazioni, atteso l'art. 841, onde viene imposto l'obbligo della collazione al solo erede che ha ricevuto !

1009.—Abbiam veduto seguire la seguente fatti-specie:

Il padre aveva costituito alla figliuola la dote di 100,000 fr., dichiarata esigibile dopo la celebrazione del matrimonio.

Egli muore trenta anni dopo la celebrazione medesima, vii dire dopo l'epoca stabilita per la esigibilità della dote.

Ed allora i coeredi della figliuola le dimandano la collazione dei 100,000 fr.

Ma la figliuola risponde non averglieli pagati il padre; ed all'uopo invita i fratelli e le sorelle ad esibire quietanza, sia di lei, sia del marito.

I fratelli e le sorelle le rispondono che, trascorso il trentennio dopo la esigibilità del debito, il debitore si presume averlo soddisfatto senza essere in obbligo di esibire alcuna quietanza, che potette smarrirsi, e che la legge non gli comanda più esibire (art. 2262 — 2169); or, egli dicono, se nostro padre si presume aver soddisfatto la dote, di necessità voi siete presunto averla ricevuta.

Ciò, come ben si scorge, si annoda al principio della prescrizione, e tornerebbe qui inopportuno lo intrattenervisi.

Ci limiteremo ad affermare che, a parer nostro, ciò che discende dalla seguita prescrizione si è che chi era debitore non può più essere astretto a pagare; ma non ne emerge la legale presunzione di aver egli pagato; il che vero conviene che la presunzione non poggia unicamente, nè principalmente sopra una presunzione di pagamento: essa poggia eziandio sopra altre cause, su la presunzione di remissione da parte del creditore, su la pena forse inflitta alla sua negligenza e finalmente su la sociale necessità di porre un termine a tutte le azioni; quindi l'art. 2219—2225 dichiara semplicemente esser la prescrizione un mezzo di liberarsi; non dichiara menoamente essere un mezzo di acquistare un credito!

Ed è questa la ragione per cui gli articoli ed eziandio i moderni autori insegnano la prescrizione generare, come essi affermano, un motivo d'irricettibilità, una eccezione; e soggiungono lasciar sussistere la naturale obbligazione (confr. Dunod. Delle prescriz., cap. XIV, p. 108; Pothier, Delle obbligaz. n. 196, 678, 679, 688, 689; Merlin, Rep., v. Prescriz., § 2, numero 7; Duranton, t. X, num. 41).

Ci riserbiamo la disamina di cotesta tesi; ma, qualunque siane il merito, possiamo sin da ora rinvenirvi la prova che se chi rimane liberato mercede la prescrizione cessa di

esser debitore, almeno non potrebbe pretendere esser diviso creditore, per modo da poter esercitare un'azione qualsivoglia di ripetizione, come se, al cospetto della legge, si presumesse avere effettivamente pagato!

Ed è da riflettere cotesta applicazione del principio generale al nostro soggetto in particolare tornaro eminentemente unisona alla equità: in vero non sarebbe forse iniquo lo astringere la figliuola alla collazione della dote promessa pel semplice fatto del trascorrimiento del trentennio dopo l'epoca della esigibilità; ed anche quando, per effetto forse della notoria decozione del padre, assolutamente nulla ricevette!

Dunque è forza scorgere qui una semplice quistion di fatto, val dire se la figliuola abbia o pur no ricevuto la dote; quistion da risolvere in coarformità degli elementi ordinarii di prova.

4010. — La figliuola, la quale non ricevette la dote costituitale dal padre o dalla madre, non è tenuta, diciamo, di farne la collazione.

Ma niente di più! ed è manifesto non poter ella dimandare il pagamento alla loro eredità; dappoichè, se l'avesse ricevuta, sarebbe tenuta, in quello stesso momento, a restituirla!

Consequentemente nessuno, in nome e da parte di lei, può dimandare il pagamento della dote alla eredità del costituente, cui precisamente la dote medesima debbe allora venir conferita dalla figliuola.

Lo stesso marito, il genero del costituente, nol potrebbe, anche quando avesse compreso il credito emergente dalla costituzione della dote in un conto corrente fra lui ed il suocero.

Così venne con sommo fondamento statuito, a parer nostro, dalla Corte di cassazione con arresto del 25 luglio 1853 (Clesie, Dev., 4853, I, 739).

In vero da un lato, quando, come supponiamo, la costituzione della dote venne fatta a pro della moglie personalmente, la stessa moglie personalmente reputasi donataria (art. 1549 — 1362; *supra*, n. 1008); ed unicamente nella sua qualità di amministratore dei beni dotali, ovvero, in altri termini, da parte della moglie, il marito può esercitare azioni di pagamento avverso il costituente;

D'altro lato non parrebbe che, nello stato de' fatti, si fosse rilasciata dal genero al suocero alcuna quietanza o ricevuta della dote,

nè che il conto corrente fra essi avesse prodotto veruna novazione.

Ed anche in similante caso non dovrebbero di leggieri ammettere una novazione di tal genere, la quale potrebbe addivenire, giusta la saggia osservazione di Coin-Delisle, un mezzo di eludere la legge delle collazioni (articolo della *Rivista crit. di giurispr.*, 1854, t. IV, p. 308, 309).

4011. — Se l'erede debbe conferire unicamente ciò che abbia ricevuto, viceversa è mestieri che conferisca tutto ciò che abbia ricevuto... (art. 843 — 762).

Se dunque, a cagion di esempio, in una circostanza qualsivoglia, per errore o diversamente, la figliuola dotata dal padre, in vece di non aver ricevuto affatto la dote (come abbiám supposto), l'avesse per contrario ricevuta due volte, e con doppio pagamento, sarebbe al certo tenuta a conferire nella eredità due volte lo importare della dote, o in altri termini tutto ciò che avesse ricevuto (Coefr. arresto C. cass. 13 apr. 1842, Dubourdoir, Dev., 1842, I, 305.)

4012. — E da riflettere altresì l'art. 843 soggiugnere dover l'erede conferir tutto ciò che ha ricevuto dal defunto...

Dunque non basta che l'erede abbia ricevuto un vantaggio o abbia tratto un utile qualsivoglia per andar sottoposto all'obbligo di conferirlo: è forza che abbia ricevuto quel vantaggio o utile dal defunto, val dire a spese del defunto, merco il patrimonio del defunto.

E ciò torna manifesto!

La collazione ha per iscopo di riporre la eredità nello stesso stato che se la donazione ricevuta da uno de' successibili non si fosse fatta; ovvero, in altri termini, la collazione ha per iscopo di riparare la diminuzione, il *deficit* cagionato dalla donazione medesima al patrimonio del comune autore, e quindi ripristinare, nella ripartizione dello stesso patrimonio, la proporzionale eguaglianza fra gli eredi.

Dunque non potrebbe esservi luogo all'obbligo della collazione quando il vantaggio, che uno degli eredi potette ricevere, non abbia arrecato alcuna diminuzione al patrimonio del defunto, e quando la eredità, trovandosi nello stesso stato che se il vantaggio medesimo non si fosse conseguito da uno degli eredi, non ne discenda fra essi veruna eguaglianza nella ripartizione del patrimonio del comune autore.

4013. — L'art. 850 — 769, il quale dichiara farsi la collazione *nella* eredità del donante; è, come già spiegammo, una conseguenza ed un'applicazione di cotesto principio (*supra*, n. 965).

4014. — Possiamo addurre pure altre applicazioni.

E, per esempio, evvene una singolare ed importante, cui l'art. 1569 — 4382 potrebbe dar luogo.

L'articolo medesimo è così concepito :

« Se il matrimonio ha durato dieci anni dopo la scadenza de' termini stabiliti pel pagamento della dote, la moglie o i suoi eredi potranno ripeterla contro il marito dopo lo scioglimento del matrimonio senza essere tenuti a provare che questi l'abbia ricevuta, quando non giustificasse di avere usate inutilmente tutte le diligenze per procurarsene il pagamento. »

Or nella subbietta materia da cotesta disposizione potrebbe discendere quanto segue.

Il padre ha costituito la dote di 100,000 fr. ad una delle sue figliuole.

Trovansi trascorsi più di dieci anni dopo la scadenza de' termini stabiliti pel pagamento della dote, quando la figliuola ottiene la sua separazione di beni avverso il marito, o quando muore il marito.

Consequentemente la figliuola domanda, sia al marito stesso, sia alla costui eredità la rimborsazione della dote.

Non pertanto il marito non ha ricevuto la dote medesima dal suocero !

Ma siccome da un lato trovasi decorso più di un decennio dopo divenuta esigibile e d'altro lato il marito o i suoi eredi non giustificano (supponiamo) diligenze inutilmente fatte da lui per procacciarsene il pagamento, così il marito o i suoi successori son tenuti a pagare alla moglie i 100,000 fr., importare della dote.

E poscia muore il padre costitente.

Trattasi conoscere se i fratelli e le sorelle della figliuola da lui dotata potranno dimandarle la collazione di quei 100,000 fr., che ella abbia ricevuti dal marito o della sua eredità.

La negativa ci sembra indubitata:

4. Di fatti l'erede è tenuto conferire ai suoi coeredi unicamente ciò che abbia ricevuto dal defunto (art. 843 — 762);

Or la figliuola ha ricevuto i 100,00 fr., non dal defunto suo padre, ma unicamente dallo stesso suo marito;

Dunque non potrebbe esser tenuto a conferirla nella eredità del defunto suo padre.

2. Obbietterassi nondimeno quella figliuola conseguire 100,000 fr. più degli altri !

È ben vero !

Ma che monta il non conseguirli in detrimento degli altri ?

Or il non conseguirli in detrimento degli altri torna evidente, non essendo i 100,000 fr. usciti dal patrimonio del comune autore !

3. Indarno insisterebbersi sostenendo avere almeno la figliuola ricevuto i 100,000 fr. per effetto della costituzione della dote consentita dal padre a favor di lei.

Conveniamo averli ella ricevuti in occasione della costituzione della dote, ma ciò che ci parrebbe mal fondato sarebbe il sostenere averli ricevuti dal defunto, e per effetto della costituzione da lui consentita.

In vero la causa del pagamento de' 100,000 fr., che il marito o la eredità sua venne astretto a fare alla moglie non è già la costituzione della dote, dallo stesso marito apparentemente non consentita ! sì bene la colpa commessa dal marito verso la moglie di non avere esatto il pagamento della dote, e la responsabilità da lui conseguentemente incorsa rimpetto a lei;

Or cotesta colpa e la responsabilità che ne discende riguardano unicamente le relazioni fra il marito e la moglie: esse sono assolutamente estranee alla eredità del costituente, verso il quale il marito non commise veruna colpa nè incorse veruna responsabilità ;

Dunque esse sono del pari assolutamente estranee alle relazioni tra la figliuola dotata ed i suoi coeredi.

4. Da ultimo non potrebbero qui invocare con maggior successo l'art. 1573 — 1386 per inferirne che la figliuola, se ella stessa non avesse ricevuto la dote dal marito, sarebbe tenuta di conferire l'azione da lei vantata contro di lui per farsene soddisfare, e che quindi, se abbia esercitato tale azione e ricevuto il capitale della dote, debbe conferire il capitale medesimo.

Di fatti somma è la differenza tra l'ipotesi contemplata con l'articolo 1573 e quella in esame !

Nella ipotesi contemplata con l'art. 1573 la dote venne pagata dal defunto; e regolarmente la figliuola dovrebbe conferirla nella eredità; nondimeno la legge ne fa esime; ma allora per lo meno le impone di conferire

nella eredità l'azione a lei competente avverso il marito: è questa in certa guisa una estensiva applicazione, per analogia, della regola fermata con l'art. 1303—1357.

Ma per contrario nella ipotesi in disamina la dote non venne pagata: nulla è uscito dal patrimonio del defunto; ed in ultima analisi ciò che i coeredi della figliuola le dimandano, si è la collazione di un'azione o di un capitale, non provenute dalla eredità o che ella non riceverebbe dal defunto.

Dunque concludiamo che egli ne possiede.

Ciò che potrebbe semplicemente avvenire si è lo esserle dal marito o dalla sua eredità un'azione di ripetizione avverso la figliuola, la quale, essendo tenuta a conferire la dote nella eredità del costituente, non soggiace quindi a verun detrimento per non averne il marito richiesto il pagamento; dappoiché, eziandio quando l'avesse dimandato, sarebbe stata fatta la collazione dalla figliuola alla paterna eredità.

Ma è questo pure un ordine di relazioni riguardante il marito e la moglie e menoamente i costei eredi nella paterna eredità; e, a cagion di esempio, torna indubitato i coeredi nulla avere a pretendere, se il marito, rinunciando ad ogni azione di ripetizione, consentisse a lasciare alla moglie i 100,000 fr. pagatigli (confr. arresto C. cass. 21 luglio 1846, *Levesne*, Dev., 4846, I, 826, *decis. C. di Rouen* 29 genn. 1847, stesso parti, Dev., 4847, II, 572; *Tropion*, *Del contratto di matrimonio*, t. IV, n. 3667).

4045. — Qui appresso presenteremo altra applicazione del nostro principio dover l'erede conferire semplicemente ciò che abbia ricevuto dal defunto.

Supponghesi che il padre, magistrato o ricevitore generale delle finanze, oia la sua dimissione, affinché uno de' figliuoli possa venir nominato in sua vece; e di fatti il figliuolo viene nominato dal governo allo esercizio delle funzioni di magistrato o ricevitore generale, vacanti per dimissione del padre.

Indubitabilmente è questo sommo vantaggio pel figliuolo, ed è forza confessarlo, un vantaggio provenutogli, sotto alcuni rapporti, dalla volontà e dal fatto del padre, segnatamente se nessuna ragione astringeva costui a dimettersi, se fosse giovane ancora ed avesse potuto proseguire lo esercizio delle proprie funzioni, massime da ultimo se, in occasione del matrimonio del figliuolo e per favorire il

matrimonio stesso si sia dimesso dalla carica per potersi a lui conferire.

E non pertanto costui non ne dovrà la collazione.

In vero le pubbliche funzioni in esame, le funzioni di magistrato, di giudice, di consigliere, ec., quelle di ricevitore generale delle finanze o altre simiglianti non formavano parte apparentemente del paterno patrimonio, avvegnacchè tali specie di cose reputansi sotto tutti i rapporti, *extra bona*; e costui riceve una delegazione della pubblica potestà, rimasta a piena ed intera disposizione dello Stato.

Dal che consegnata il figliuolo, in questa congiuntura, nulla aver ricevuto dal padre e dovere le pubbliche funzioni, onde trovarsi rivestito, unicamente alla nomina ed alla investitura provenienti dal governo.

Laonde la Corte di Nîmes statuiti, con sommo fondamento, a creder nostro, che la dimissione del titolare dall'ufficio di notaio, a pro di uno de' figliuoli, anteriormente alla legge del 28 aprile 1816, non costituiva a favor del figliuolo nominato dal governo notaio in vece del padre, un vantaggio suscettivo di conferirsi nella costui eredità (*Decis. 6 dicembre 1838*, *Matthieu*, Dev., 1839, II, 238).

« Abbiamo detto anteriormente alla legge del 28 aprile 1816: avvegnacchè, dopo quella legge, i titolari di alcuni uffizii, e particolarmente degli uffizii di notaio, avendo diritto di presentare i loro successori all'approvazione dell'imperatore, l'addotta questione non dovrebbe più risolvere nella medesima guisa rispetto agli uffizii cui questa legge si applica, come appresso dimostreremo (*infra* n. 4034 e seg.).

Per ora intendiam favellare unicamente di quelle pubbliche funzioni, riguardo a cui i titolari non han diritto di presentare i loro successori all'approvazione del capo dello Stato; e circa quelle in vero conviene affermare la dimissione data dal padre, a pro di uno de' figliuoli, non potersi riguardare costituire un vantaggio soggetto a collazione.

4046. — Rinverremo altresì applicazioni di questo principio nella teorica de' vantaggi indiretti, che ora ci faremo ad esporre: di fatti l'erede debbe conferire tutto ciò che abbia ricevuto, eziandio indirettamente, dal defunto; e talvolta addiviene questione di procardio scioglimento quella in quali casi l'erede abbia ricevuto indiretto vantaggio: or

precisamente questa quistione talvolta, in altri termini, risolvesi nell'altra se dallo stesso defunto l'erede abbia ricevuto il vantaggio a lui profittevole (infra, n. 403 e seg.)

407. — Se l'erede è tenuto conferire tutto ciò che abbia ricevuto dal defunto, lo è però, come lo stesso art. 843 il dichiara, soltanto quando abbia ricevuto *perdonazione travivi*.

È manifesto che se per effetto di un atto commutativo o a titolo oneroso una cosa si fosse trasmessa dal defunto ad uno de' suoi successibili, non vi sarebbe luogo alla collazione (ved. art. 853, 854 — 772, 773); dappoichè il successibile avrebbe allora semplicemente ricevuto ciò che gli apparteneva o ciò che eragli dovuto; ed in realtà nulla avrebbe ricevuto dal defunto, nel verace significato di tale espressione in materia di collazione, val dire nulla ricevuto in detrimento del defunto, nè che avesse diminuito il suo patrimonio con nocumento degli altri successibili (confr. il tomo I, n. 513; ed infra, n. 360 e seg.)

408. È questa la ragione per cui si è mossa quistione se le donazioni remuneratorie o onerose, val dire le donazioni fatte in ricompensa di servizi renduti dal successibile al suo autore, o con l'obbligo di pagare determinati pesi, vadano sottoposte alla collazione?

Altro che la stessa quistione applicasi ad evidenza ai legati, i quali potessero considerarsi erisodio remuneratori o onerosi.

Il misto ed equivoco carattere di coteste specie di liberalità in tutti i tempi preoccupò i giureconsulti.

Le donazioni rinunciatorie o onerose, debbono forse, a cagion di esempio, andar sottoposte alla formalità della insinuazione? son forse rinvocabili per causa di sopravvenienza di figli?

Tutte queste quistioni, e molte altre ancora, agitavansi sotto l'impero del nostro antico diritto (confr. Pothier, *Delle donaz. tra vivi*, sez. II, art. 444, § 4, e sez. III, art. 41, § 1; Ricard, *Delle donaz.*, part. 4, n. 4097; Brodeau sopra Lonel, lettera D., sommario 22).

Non pertanto è da riflettere che le ordinanze (quella del 1539 e segnatamente l'altra del 1731) le avevano affermativamente risolte, statuendo che la formalità della insinuazione (art. 20) e la rinvocazione per causa di sopravvenienza di figli (art. 39) erano applicabili a tutte e qualsivogliano donazioni, remuneratorie, onerose ed altro.

DEMOLOMBE, Vol. VIII.

Ed il Codice Napoleone riprodusse, relativamente alla rinvocazione per causa di sopravvenienza di figli, la disposizione dell'antica ordinanza (art. 960 — 885).

Ma non pertanto torna manifesto non potersi poggiare su' testi medesimi una generica dottrina, in conformità di cui le donazioni remuneratorie o onerose dovrebbero andare sottoposte indistintamente e sotto ogni rapporto al diritto comune delle donazioni.

Laonde non vorranno proporre, in quanto a noi, la dottrina la quale insegna in termini assoluti che la donazione remuneratoria o onerosa reputasi sempre una donazione per lo intero, e che conseguentemente debba sempre conferirsi per lo intero (confr. Vazeille, art. 843, n. 23; Belost Jolimont sopra Chabot, art. 843, osserv. 3, Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 405).

In vero qui il punto di fatto predomina di necessità il punto di diritto; e prima di statuire la donazione remuneratoria o onerosa doversi riguardare qual donazione, a cagion di esempio doversi stipulare innanzi notaio, in conformità dell'art. 934 — 853, o dichiarare sottoposta a collazione, a norma dell'art. 843, fa di mestieri assolvere se questa pretesa donazione ne costituisca effettivamente alcuna ed in qual proporzione.

409. — Or, rispetto primamente alla donazione remuneratoria, tre condizioni sono, a parer nostro, indispensabili per andare immune dall'applicazione delle regole della collazione: è uopo:

1. Che i servigi, in ricompensa di cui venne fatta, sieno assodati o dimostrati;

2. Che i servigi medesimi sieno valutabili, val dire che sieno di natura tale da generare una obbligazione, da produrre una causa di pagamento;

3. Finalmente che il valore de' servigi medesimi sia eguale o pressochè eguale al valore dell'oggetto donato.

E primieramente noi affermiamo esser necessario che i servigi sieno assodati: si è sempre diviso che una vaga enunciazione d'incerti servigi, come diceva Pothier (*loc. supra cit.*), oppure, come diceva Lebrun, che quelle vaghe e generali enunciazioni di buone e grati servigi di dipendenti più da stile notarile che da intendimento delle parti non potrebbero spogliar la donazione del suo verace carattere (lib. III, cap. VI, sez. III, n. 3); potrebbesi almeno rivenire, in enunciazioni di tal genere, la volontà di esimersi il

donatario dalla collazione? è questa un'altra questione da noi già esaminata (supra, num. 940); ma la stessa questione suppone essere una vera donazione la donazione qualificata remuneratoria.

È pur necessario che i servigi sieno valutabili in contante, affinché il seguito abbandonato non vada considerato qual donazione; se di fatti trattisi di servigi tali da non essere suscettivi di alcuna valutazione, torna evidente nè anche essere suscettivi di alcun pagamento.

Rispetto alla terza condizione, è d'essa pare evidente: se dunque il valore dell'oggetto donato sia eguale o pressochè eguale al valore determinabile de' servigi, il vero si è non esservi allora alcuna donazione, ma una semplice dazione in pagamento.

E conseguentemente, se il valore dell'oggetto donato ecceda il valore determinabile de' servigi, l'atto offre i caratteri della donazione soltanto sino alla concorrenza di questa eccedenza (confr. Grenier, t. I, n. 488, e t. II, n. 533; Chabot, art. 843, n. 43; Duranton, t. VII, n. 314; Troplong, *Delle donaz. e de' test.*, t. III, n. 1073; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 344).

4020. — Non andrassi incontro a veruna difficoltà intorno al modo di procedere alla collazione di tale eccedenza, se la donazione abbia avuto per obbietto beni mobili: dappoi che la collazione de' mobili, dovendosi fare col prendere tanto di meno, ad evidenza debbe seguire in tal guisa (art. 868 — 787).

Ma che mai statuire, se la donazione abbia avuto per obbietto un immobile? or ora ravviseremo che, a differenza de' mobili, la regola per gl' immobili si è doversi conferire in natura (art. 859 — 778).

Alcuni giureconsulti sembrano insegnare che l'immobile, il quale formò l'oggetto della donazione remuneratoria, dovrà sempre conferirsi integralmente in natura, salvo alla eredità la idennizzare il donatario di ciò che potrà esser dovuto pe' servigi resi da lui al defunto (confr. Grenier, t. II, n. 533; Chabot, art. 843, num. 43; Duranton, t. VII, n. 314).

Non pertanto cotesto divisamento ci parrebbe troppo assoluto; ed opiniamo doversi applicare in tal caso, per analogia, la disposizione dell' art. 866 — 785.

Se dunque il prelevamento di ciò che eccede il valore determinabile de' servigi potesse comodamente seguire, vi sarebbe luogo alla

collazione in natura soltanto di tale eccedenza.

Nell'opposto caso applicheremmo, con l' art. 866, la massima *major pars trahit minorem*; e la collazione dovrebbe farsi in natura o col prendere tanto di meno, secondo che il valore determinabile de' servigi fusse minore o maggiore del valore dell'immobile donato.

In vero ci sembra che il carattere di donazione in pagamento offerto parzialmente da questa mista donazione, *mixtum negotium cum donazione*, diceva Ulpiano (l. XVIII, ff. *De donat.*), debba produrre almeno lo stesso effetto della clausola di anteparte nella pura e semplice donazione (confr. infra n. 1096; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 315, red. eziandio arresto C. cass. 43 ag. 4844, *Sentex*, Dev., 4844, I, 470).

4021. — La stessa dottrina debbesi applicare alle donazioni onerose.

Consequentemente, se i pesi imposti al donatario non sieno valutabili, la donazione debbesi considerare per lo intero qual vera donazione da porre in collazione per lo intero.

E se trattisi per contrario di pesi valutabili, è uopo del seguente dilemma:

O il valore de' pesi uguaglia pressappoco il valore dell'oggetto donato; ed in questo caso l'atto medesimo assume la semplice denominazione di donazione, e la denominazione stessa torna inesatta; non proprie donatio appellabitur, diceva pure Ulpiano (l. I, ff. *De donat.*): è questo un contratto interessato, il quale non potrebbe dar luogo a collazione;

O il valore de' pesi è minore del valore della cosa donata; ed allora evvi luogo a collazione della differenza, secondo che divisammo relativamente alla donazione remuneratoria (confr. arresto C. cass. 46 nebbioso anno XIII, X., Sirey, 5, I, 84; Lihl, III, cap. VI, sez. III, n. 5; Polhier, *Delle donaz. tra vivi*, sez. II, art. 3, § 1; e della vendita, n. 640-612; Troplong, *Delle donaz. e de' test.*, t. III, n. 1069; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 345).

4022. — Se finalmente si supponesse aver avuto luogo una donazione scambievole tra il defunto ed uno de' suoi successibili, opiniamo ancora doversi applicare la dottrina da noi esposta relativamente alle donazioni remuneratorie ed onerose.

Altronde non intendiamo qui risolvere in modo assoluto la questione se, nel caso di

scambievoli donazioni, la revocazione dell'una qualunque siane la causa, debba sempre trar seco la revocazione dell'altra: vogliano qui limitarci a risolvere la questione medesima in materia di collazione: ed in questa materia, di cui la eguaglianza è l'anima, ci parrebbe impossibile il dichiarare sottoposta a collazione la donazione fatta dal defunto al successibile, senza aver riguardo alla donazione fatta dal successibile al defunto! (Confr. arresto C. cass. 2 genn. 1843. Duchesne, Dev., 1843, I, 118; ed il rapporto di Troplong.)

1023. È superfluo avvertire le donazioni per contratto di matrimonio aodar sottoposte alla collazione, al pari di tutte le altre, seoa eccettuare lo donazioni fatte da' genitori a figliuoli (ved. art. 204, 843 ed 851 — 194, 762 e 770).

In vero il testo non ne eccettua alcuna; e le donazioni per contratto di matrimonio sono anzi particolarmente, fra tutte le altre donazioni, quelle che per lo più han luogo per semplice anticipazione di eredità.

Dallo avere l'art. 4090 — 4045 diligentemente dichiarato che le donazioni fatte ai coniugi col contratto di matrimonio saranno, in tempo dell'apertura della successione del donante, riducibili alla porzione di cui la legge gli permetteva disporre, tornerebbe al certo impossibile il concludere a contrario quelle donazioni non andar del pari sottoposte a collazione nella eredità del donante; avvegnacchè il su riferito art. 4090, ben lungi dal derogare al comune diritto, esso medesimo presume semplicemente una delle conseguenze della regola, in conformità di cui: le donazioni per contratto nuziale van riguardate come vere donazioni, le quali debbono quindi andar sottoposte alla collazione come lo sono a'la riduzione (confr. art. 843, 960 — 762, 855; decis. C. di Grenoble 4 feb. 1841. Rock, Dev., 1842, II, 154, II, 154; L. unic. Cod. de inoffic. dotibus; Ricard, n. 4075; Duranton, t. VII, n. 302; Zachariae, Aubry o-Rau, t. V, p. 314.)

1024. — Se l'erede debbe conferire ai suoi eredi soltanto ciò che abbia ricevuto dal defunto per donazione tra vivi, è furza aggiugnere reciprocamente dover conferire tutto ciò che abbia ricevuto per donazione tra vivi.

È tale espressione, adoperata nel predetto art. 843, ci pare doversi intedere, nel suo più ampio significato, come sinonima di ogni liberalità, ovvero più generalmente ancora, di

ogni vantaggio conferito dal defunto al suo successibile.

È ben vero distinguersi in generale la donazione tra vivi propriamente detta, tal quale rinviensi definita dall'art. 894 — 814, dai semplici contratti di beneficenza, tali quali trovansi definiti con l'art. 1105 — 1059.

Ma cotesta distinzione, altronde vera di per sè, non ci sembra applicabile alla materia delle collazioni.

Di fatti la volontà del legislatore in questa materia si è al certo il dichiarare sottoposta a collazione ogni liberalità, in qualsivoglia guisa poletto farsi, con cui il defunto avrà, nel corso di sua vita, procacciato vantaggio ad uno de' successibili.

Siffatta volontà si disvela nello stesso testo dell'art. 843, quando, dopo la espressione per donazione tra vivi, soggiugne direttamente o indirettamente (ved. pure infra, n. 4061.)

1025. — E ciò dimostra non esservi luogo a considerare se la donazione, fatta dal defunto al suo successibile, sia o pur no regolare, tanto circa la forma quanto circa la capacità di disporre o ricevere nell'uno o nell'altro.

Se la donazione si trovasse colpita da nullità, ne discenderebbe indubitabilmente un diritto di più a pro della eredità, il più energico diritto di dimandare la nullità avverso lo stesso erede riunziante.

Ma il diritto di dimandare la collazione sussisterebbe sempre ad evidenza; dappoichè il diritto medesimo competerebbe ai coeredi anche quando la donazione si fosse fatta senza scrittura.

Non pertanto converrebbe, secondo le circostanze, eccettuare il caso in cui il defunto avesse imprudentemente donato danaro ad un successibile minore o interdetto, il quale l'avesse sciupato: forse allora la colpa non sarebbe del defunto, che consegnò quel danaro perdituro? (ved. Davot e Baunelcier, lib. III, Trattato V, cap. IV, n. 2; conf. nondimeno infr., n. 1047; e decis. C. di Bordò 16 agosto 1827, de Bethmann, D., 1833, II, 157).

1026. — Similmente non debbesi menomamente aver riguardo all'epoca in cui venne fatta la donazione dal defunto al successibile: per quanto remota esser possa l'epoca medesima, ed anche quando la donazione risalisse a più di un trentennio prima dell'apertura della successione, la collazione sarebbe sempre dovuta.

In vero l' art. 843 non fa veruna distinzione di tal genere; e non poteva farne.

L'erede, avverso il quale la collazione vien dimandata, invocherebbe forse la prescrizione?

Ma la prescrizione non decorre contro il credito dipendente da condizione sino a quando non averisi la condizione medesima (art. 2267 — 2263);

Or, da un lato, i coeredi non sono creditori della collazione, del pari che il loro coerede ne è debitore sotto la condizione di essere erede e concorrere alla eredità; d' altro lato la condizione medesima si avvera per l'apertura della successione;

Dunque a computare dal dì dell' apertura della successione sorge semplicemente pei coeredi il diritto di dimandare la collazione (confr. decis. C. di Amiens 17 marzo 1853, Gandon, Dev., 1855, II, 97 e 162).

4027. — L'erede debbe conferire tutto ciò che abbia ricevuto dal defunto per donazione tra vivi, *direttamente o indirettamente*.

La donazione diretta è quella fatta pel diritto sentiero; ed a rigore debbesi riguardar tale la donazione fatta con atto rivestito delle forme dalla legge determinata (art. 893 e seg. — 843): tutte le altre donazioni, eccetto la sola donazione manuale, che tornerebbe malagevole il non riguardare altresì come diretta, possono considerarsi come donazioni più o meno indirette; dappoichè non facendosi per via diretta, possono ad evidenza ottenersi solo per via più o meno indiretta.

Le forme, che le donazioni indirette possono assumere sono molteplici e svariate.

Ciò che puossi semplicemente osservare per tesi generale si è che le donazioni indirette possono collocarsi in due grandi categorie, e compionsi in due principali modi, cioè:

O mercè di un atto in cui il successibile non è parte, ed il quale ha per iscopo di vantaggiarlo, sia che l'atto stesso derivi dalla sola volontà del disponente, sia che abbia luogo fra il disponente ed un terzo;

O mercè di un atto seguito fra il disponente e lo stesso successibile.

Or ora scenderemo alla disamina di cotesta teorica delle donazioni indirette applicata alla materia delle collazioni (infra, n. 4031 e seg.).

4028. — Ma primieramente abbiain detto doversi considerare la donazione manuale co-

me donazione tra vivi, per effetto di cui il successibile abbia ricevuto direttamente dal defunto l'oggetto donato, ed anche direttamente in sommo grado, dappoichè la donazione scambievole ha luogo mercè la tradizione reale dell'oggetto donato, il quale passa dal donante al donatario (confr. art. 1141, 2279 — 1095, 2185.)

Dalle quali cose discende la conseguenza che le donazioni manuali andar sottoposte alla collazione per applicazione dell' art. 843 (red. il rapporto del consigliere Mestadier, Dev., 1845, I, 44.)

E tanto positivamente dichiarò il tribuno Jaubert: « Le donazioni manuali, egli disse, non sono suscettive di alcuna forma: vi si osserva la sola regola della tradizione, salvo nondimeno la riduzione e la collazione, nei casi di diritto. » (confr. Fenet, t. XII, p. 598; Merlin, *Quist. di dir.*, t. IX, v. *Collazione nella eredità*, § 2).

Obbietterassi che il disponente, prescegliendo una forma di donazione tra vivi, la quale non lasci veruna traccia, e sottraendo così la conoscenza della donazione medesima agli altri suoi eredi, debbesi presumere, per questa circostanza istessa, aver voluto forse esimersi l'erede donatario dall'obbligo della collazione?

Due risposte, parimente ben fondate, l'una in fatto, l'altra in diritto, van dirette a cotesta obbiezione:

Primamente in fatto sarebbe temerario affermare che il disponente, per l'unica circostanza di aver fatto ad uno de' suoi successibili una donazione scambievole, abbia al certo voluto esimersi dalla collazione: per contrario potrebbe non avervi neppur pensato; e, in tutti i casi, tornerebbe manifesto non essere stata questa la volontà sua, se avesse avuto cura (come rinvengonsene esempi) di affermare su' suoi registri e carte domestiche la scambievole donazione da lui fatta ad uno de' suoi successibili.

Dunque converrebbe almeno fare una distinzione tra le donazioni manuali occulte e le donazioni manuali patenti; distinzione proposta di fatti, e per effetto di cui i propugnatori della dottrina da noi oppugnata si sono scissi in due partiti (*supra*, n. 955); ma, a prescindere dal promuovere siffatta distinzione quistioni di fatto sommamente malagevoli a risolvere, ci pare essere inammissibile in diritto.

Effettivamente in diritto è forza osservare

che gli autori della obbiezione in disamina non disconoscono le donazioni manuali andar sottoposte all'obbligo della collazione, in conformità della prima parte dell'art. 843, il quale stabilisce all'obbietto il principio generale: gli autori di tale obbiezione pretendono semplicemente che le donazioni scambievoli si trovino nella eccezione per cui le donazioni non vanno sottoposte a collazione quando veanero fatte espressamente per anteparte o con esenzione dalla collazione; ma noi già rispondemmo, che la seconda parte dell'art. 843, mentre permette una eccezione al principio, determina le condizioni cui la eccezione medesima va sottoposta, condizioni viemaggiormente sancite con l'articolo 919 — 835: or è manifesto che la esenzione dalla collazione, qualora pretendasi farla discendere dal semplice carattere della donazione scambievole, si trovasi compiutamente scevra delle condizioni richieste all'aopo dal testo medesimo della legge.

1029. — Tali quistioni di collazione, applicate alle donazioni manuali, dan luogo inoltre di frequente, in pratica, ad altre quistioni eziandio di procacido scioglimento le quali vi si accoppiano e maggiormente le vanno complicando, intendiam favellare delle quistioni di prova ed indivisibilità di confessione.

I coeredi, i quali dimandano al loro coerede la collazione di somme o oggetti mobili, sostengono talvolta avere il loro coerede ricevuto tali somme o oggetti dal defunto, non a titolo di donazione, ma a titolo di deposito o mandato; ovvero, se gli abbia ricevuti a titolo di donazione, non esser stato esonerato dall'obbligo della collazione.

Ma per lo più non esibiscono la prova di avere il loro coerede anche ricevuto, ad un titolo qualsivoglia, tali somme o oggetti, di cui gli dimandano la restituzione o la collazione.

La semplice menzione su' registri o carte domestiche del defunto non sarebbe sufficiente a costituire la prova medesima avverso l'erede (arg. dall'art. 1334 — 1285; supra, n. 1028).

A dir vero puossi affermare la prova testimoniale e le presunzioni essere ammissibili in diritto; dappoichè i coeredi, i quali dimandano la collazione, non han potuto procacciarsi una prova scritturale (confr. dec. C. di Orleans 24 novembre 1855, Tachean, Dev., 1856, II, 385; Duranton, t. VII,

n. 307); ma spessissimo in fatto cotesto mezzo mancherà agli eredi.

Ed allora rimane loro il solo mezzo di far interrogare il coerede su fatti e loro circostanze, ovvero deferirgli il giuramento (art. 324 C. pr. — 418; art. 1358 e 1360 C. Nap. — 1342 e 1344).

Val dire l'unico mezzo di ottenere la prova della donazione manuale (o di ogni altro vantaggio di questo genere, come l'anticipazione di fondi fatta dal defunto per lui) si è la confessione del medesimo loro coerede.

Ma precisamente questo coerede ha sempre la cura di accompagnare la sua confessione con circostanze tali da non emergere contro di lui veruna compromettente conseguenza.

È vero che ho ricevuto, egli dice, ma a titolo di donazione e non a titolo di deposito o mandato.

E poscia soggiunge: ho ricevuto a titolo di donazione, ma con esenzione dalla collazione! (Arg. dall'art. 1924 — 1796; confr. arresti C. cass. 40 genn. 1832, Baille, D., 1832, I, 68; 6 nov. 1838, Demontmort, Dev., 1838, I, 892; dec. C. di Parigi 2 feb. 1842, Laburteadrie, Dev., 1842, II, 63; Merlin, Rep., v. Donazione, § 6, n. 2; Troplong, Del deposito, n. 58, e Delle donaz. e de' testam., t. III, n. 1043 e seg.)

Oppure: è vero, che ho ricevuto quella tal somma; ma avete eziandio voi ricevuto una somma eguale o maggiore! (confr. dec. C. di Bordò 3 mag. 1831, Tropouel, Dev., 1831, II, 324; arresto C. cass. 30 giugno 1857, Parndère, G. del F., 1858, pag. 674; Chabot, Quist. transitt., v. Donazioni manuali; Toulhier, t. V, n. 478.)

Ed allora sorge la quistione se la confessione medesima sia indivisibile, e se conseguentemente la collazione possa dimandarsi?

Questa non è più una quistione di collazione; ma una quistione di prova, che a suo luogo ci faremo a disaminare nel titolo De' contratti o delle obbligazioni convenzionali (su l'art. 1356 — 1310; danque ci limitiamo ad affermare che se la confessione è indivisibile, lo è sol quando si applichi ad un solo e medesimo fatto, i cui varii elementi sono essi medesimi coanessi ed indivisibili ma che non potrebbe avervi lo stesso, qualora la confessione riguardi fatti distinti ed indipendenti gli uni dagli altri; e quindi la Corte di cassazione decise non esservi indivisibilità tra la confessione fatta dal successibile di una de-

nazione manuale da lui ricevuta, e l'assertiva di donazioni similanti dagli stessi consecrabili ricevute: atteso che questa confessione riguarda due fatti distinti pel loro oggetto, la loro epoca e le persone cui si applica. »

4030. — Per contrario è questione affatto pertinente al nostro subbietto quella se, per dichiarare una donazione manuale andar sottoposta alla collazione, siavi luogo a considerare la importanza ed il valore più o meno considerevole della somma o dell'oggetto donato.

Sotto l'impero dell'antico diritto Guy-Coquille scrisse:

« Debbè farsi la collazione di ogni specie di beni tanto mobili quanto immobili, purchè le donazioni ed i vantaggi sieno di notevoli somme. » (su l'art. II del *Titolo delle donazioni della cons. del Nivernese*).

Ma, vigente il novello diritto, similante do trinn sarebbe troppo generica; e noi non sapremmo ad evidenza affermare, atteso gli assoluti termini dell'art. 813, essere uopo, per andare la donazione sottoposta a collazione, che abbia avuto per obbietto una notevole somma (vedi, anziandio l'art. 960 — 885, il quale dichiara rivate per sopravvenienza di figli tutte le donazioni tra vivi, di qualunque valore esse sieno).

L'articolo 647 del progetto denominato di *Cantabères* dichiarava:

« Non vanno sottoposte a collazione le donazioni di effetti mobili, quando siavi stata tradizione reale ed il loro valore non ecceda di 2000 fr. » (Fenet, t. I, 274).

Ma il nostro Codice non ha riprodotto siffatta disposizione; ed i suoi compilatori al certo meritano plauso; avvegnacchè torna impossibile, in tali congiunture, il determinare una invincibile ad assoluta cifra; per contrario tutto ciò è essenzialmente variabile e relativo, come i beni di fortuna, i bisogni e la sociale condizione di ciascuno.

Non pertanto addivene ineluttabile non potersi sommettere alla collazione tutte le donazioni scambiabili qualsivogliano, senza avere alcun riguardo alla modicità loro o alla loro importanza: la ragione, il buon senso e la necessità istessa delle cose vi si oppongono; ma, a parer nostro, nell'art. 852 — 774 è mestieri investigare il principio e la misura di cotesta distinzione: di fatti tantosto ravviseremo l'art. 852 dichiarare immuni dalla collazione, fin le altre cose, i regali di uso:

or fa di mestieri collocarsi in questo punto di veduta per istituire se la donazione manuale, atteso il carattere e la modicità del suo oggetto, debba o pur no andar sottoposta alla collazione; e non dovrà soggiacere alla collazione, se costituisca scemplicemente un regalo di uso, val dire la donazione di una somma modica relativamente, ovvero un di quei presenti, come soglionene fare nelle famiglie in tempo di matrimoniali, festività o anniversari, e se abbia, a cagion di esempio, per obbietto un gioiello, un dipinto, un oriuolo o altra cosa similante: di fatti il legislatore non ha considerato come vere donazioni queste specie di regali o presenti, sia perchè non producono il risultamento di diminuire il patrimonio del donatario; sia altresì perchè, assai di frequente, queste specie di oggetti vengon donati per ricordo, ed è intenzione e voto del donatore che si conservino dal donatario (confr. il tomo I, n. 543 bis; Duranton, tomo VII, numero 305; Massé e Vergé sopra *Zachariae*, tomo II, p. 405).

Laonde Pothier eccettuava parimente dalla revocazione delle donazioni per causa di sopravvenienza di figli i piccioli regali di cose mobili (*Delle donaz.*, sez. III, art. § 4).

Cotesta dottrina venne sancita dalla Corte di Montpellier con sua decisione nella quale leggiamo una considerazione assai ben motivata nella seguente guisa:

« Atteso che non puossi aver riguardo alla pretesione che le donazioni manuali ricevute dal figliuolo Julian non andrebbero sottoposte a collazione, provenendo da semplici rendite della madre; che di fatti, a norma dell'art. 843 del Codice Napoleone, ogni erede concorrente alla divisione debbe conferire tutto ciò che abbia ricevuto a titolo di donazione direttamente o indirettamente; — Che se la dottrina e la giurisprudenza ammettono alcune modificazioni a cotesta regola, le ammettono unicamente per le donazioni di modiche somme, provenienti da fatti da semplici rendite del donante e contemporanee alla percezione delle rendite medesime: nel qual caso coteste specie di donazioni manuali possono assomigliarsi a regali di uso con l'art. 852 esonerati di fatti dalla collazione; ma che trattandosi, nella causa, di donazioni manuali di somme rilevanti le quali non potevano trovarsi presso la madre se non per formare un capitale di più anni delle sue rendite, le donazioni medesime debbano andar sottoposte alla colla-

zione come veri capitali, in conformità dell' art. 843. » (Decis. 11 giugno 1846, Julian, Dev., 4818, II, 115).

Costeste deduzioni ei sembrano sommamente giuridiche e saggio.

In vero il pretendere le donazioni manuali, sia qualunque la loro importanza, dover andare immuni dalla collazione, per l' unico motivo di essersi fatte dal defunto con le sue rendite correnti ovvero capitalizzate, è una esagerazione apposta al testo medesimo dell' art. 843 (*cod. non pertanto decis. C. di Caen 17 feb. 1858, Tardis., Rac. delle decis. della C. di Caen, t. XXIII, p. 81*); è ben vero, come appresso ravviseremo (*infra*, n. 4108, 4109), che il precipuo motivo su cui poggia il legislatore, nell' art. 852, per esimersi dalla collazione i regali di uso ed altre cose ancora, si è i regali medesimi d' ordinario farsi con le rendite; ora non potrebbesi menomamente, per tal circostanza, desumerne come regola generale ogni donazione, qualunque sia, andare immune dalla collazione, quando venne fatta su le rendite; dappoiché il legislatore ha determinato le spese di vantaggi non soggetti a collazione, presumendosi fatti su le rendite; e, per massima, tornerebbe impossibile il dichiarare un vantaggio non sottoposto a collazione per l' unico motivo di essersi fatto su le rendite: dunque l' unico mezzo di dichiararlo non sottoposto a collazione si è il comprenderlo nella categoria di quelli che ne vengono esonerati dall' articolo 852, e considerarlo, per esempio, quando trattasi di donazione manuale, qual *regalo di uso*, val dire qual semplice contrassegno di benevolenza, qual semplice gratificazione, o semplice soccorso, secondo i vari casi; e, sotto questo punto di veduta, i motivi addotti dalla Corte di Montpellier meritano il più alto encomio; avvegnachè la triplice circostanza esser modiche le donazioni, provenire dalle rendite del disponente ed esser simultanee alla percezione delle rendite medesime, dovrà prendersi in grave considerazione per istituire di fatti non andare similanti donazioni sottoposte a collazione.

4031. — Dobbiamo ora ragionare più specialmente intorno a' vantaggi indiretti.

Abbiamo affermato potersi così denominare ogni vantaggio non fatto nella forma delle donazioni tra vivi (*supra*, a. 4027).

Abbiamo osservato altresì i vantaggi indiretti poter essere patenti o mascherati; e, relativamente alla quistione se questi debbano,

attenersi il loro mascheramento, considerarsi fatti con esenzione dalla collazione, demmo già chiaramente, cui basta rimetterci (*supra*, n. 4020 e seg.)

Finalmente abbiain del pari già osservato gl' indiretti vantaggi potersi fare in due guise:

I. Mercè di atti, in cui il successibile non è parte, sia che gli atti medesimi derivino dalla unilaterale volontà del defunto, sia che costituiscauo convenzioni tra il defunto ed un terzo;

II. Mercè convenzioni, o più generalmente operazioni tra il defunto e lo stesso successibile.

Disamineremo successivamente le precipe applicazioni di questi due modi di vantaggiare indirettamente un successibile.

1032. E per cominciare, sia dalle belle prime, con un esempio, il quale aveva destato, sotto l' impero del nostro antico diritto, gravi dissentimenti, supponiammo avere il defunto rinunziato ad un legato, ad una eredità o ad una comunione di beni, per farne giugnere il vantaggio ad uso o più de' suoi successibili, sia a titolo di caducità, sia a titolo di devoluzione o accrescimento.

Il padre ha rinunziato al legato, di cui trovavasi debitore verso di lui uso de' suoi figliuoli istituito legatario da un terzo col peso del legato medesimo; ovvero il legato erasi fatto al padre con sostituzione volgare a pro di uno de' figliuoli (art. 898); ovvero il legato erasi fatto congiuntamente ad entrambi (art. 1044, 1045 — 999 e 1000);

Oppure il padre ha rinunziato alla eredità per farla passare ad uso de' figliuoli;

Similmente, la donna rimaritata ha rinunziato alla comunione vantaggiosa tra lei ed il primo marito, ad obbietto di lasciarne tutto lo emolumento a' figliuoli nati dal primo matrimonio (art. 1492); ovvero *vice versa* ha rinunziato alla comunione vantaggiosa eziandio tra lei ed il secondo marito per lasciarne tutto lo emolumento a' figliuoli nati dal secondo matrimonio;

Oppure anenra quella donna, la quale aveva patteggiato il diritto di riprendere ciò che aveva portato in comunione, in caso di rinunzia (art. 1514), ha accettato l' una o l' altra di tali comunioni, che era ad evidenza in pessimo stato, ad obbietto di far ridondare ciò che vi aveva portato a vantaggio de' figliuoli, sia del primo, sia del secondo letto.

Ebbene! trattasi conoscere se il vantaggio il quale, in questi vari casi, potrà risultare

da tali rinunzie a pro di uno o più successibili, dovrà andar sottoposto a collazione.

Un tempo Pothier insegnava la negativa; ma il classico autore non sembrava molto stabile nella sua dottrina: quindi dapprima professava l'introduzione alla consuetudine di Orleans (titolo XVII, n. 79), non esser la collazione dovuta dal figliuolo, il quale conseguiva una eredità o un legato per effetto della rinunzia del suo autore, nè de' figliuoli del secondo letto, i quali giovansi, sia della rinunzia fatta dalla madre ad una comunione vantaggiosa, sia della sua accettazione di una comunione svantaggiosa; la quale lascia loro ciò che ella vi portò; ma già, in questo medesimo luogo, scorcesi l'esitazione; avvegnacchè Pothier soggiunge: *eccetto quando lo stato de' beni di fortuna del marito fosse notoriamente cattivo!* la qual circostanza, in conformità del suo principio, non avrebbe dovuto essere di veruna importanza su la soluzione. E dappoi Pothier, nel *Trattato delle successioni*, persistendo nella soluzione da lui data intorno al caso di rinunzia al legato fatta dal defunto a pro di uno de' suoi successibili, abbandona pressappoco la medesima soluzione pel caso di rinunzia della donna alla comunione tra lei ed il primo o il secondo marito, ad obbietto di farne cavar vantaggio a' figliuoli del primo o del secondo letto, o di sua rinunzia all'una o all'altra di tali comunioni, ad obbietto di lasciarvi ciò che vi abbia portato: or è questa manifestamente una contraddizione di principio! (Confr. *Delle success.*, cap. IV, art. 44, § 2).

E Lebrun, da parte sua, cosa singolare! aveva pur commesso una contraddizione dello stesso genere, ma in senso diametralmente inverso; dappoi, dopo avere scritto, avverso la opinione di Pothier, dovere il figliuolo la collazione della eredità o del legato da lui conseguito per effetto della rinunzia del padre, scriveva poscia, avverso ancora il sentimento di Pothier, non dovere i figliuoli del primo letto la collazione del vantaggio, che potette emergere per essi dalla rinunzia fatta dalla madre alla comunione tra lei ed il primo marito, del pari che i figliuoli del secondo letto non dovere la collazione del vantaggio lor procacciato dalla rinunzia della madre alla comunione tra lei ed il secondo marito (confr. lib. III, cap. VI, sez. III, n. 41, 42, e n. 23, 24; agg. Merlin, *Rep.*, v. *Collazione nella eredità*, n. 42 e 42 bis.).

Ci sembra evidente coteste due ipotesi e

tutte le altre di tal genere doversi risolvere nella stessa guisa, e basta leggere i motivi addotti dallo stesso Pothier e Lebrun in sostegno della loro distinzione per ravvisare esser dessi mere sottigliezze, se ci si voglia permettere di svelare tutta la nostra mente!

Ma onde cosa mai avveniva a quegli illustri maestri? pervenire, ambedue prendendo le mosse dalle stesse ragioni, a conclusioni affatto opposte; talchè, mentre Pothier rispondeva no intorno alla prima ipotesi, e sì intorno alla seconda, Lebrun rispondeva sì intorno alla prima, e no intorno alla seconda!

Di fatti pochissimo rileva il trattarsi di eredità, legato o comunione di beni: se l'erede rinunziantе reputasi non essere stato mai erede (art. 785 — 702), la vedova rinunziantе perde del pari ogni specie di diritto sui beni della comunione (art. 4492); ed al certo altresì torna ben fondato lo affermare il legatario rinunziantе reputarsi non essere stato mai legatario (art. 4043 — 998).

Si indubitabilmente tutto ciò è vero per tesi generale.

Ma, in materia di collazione, tali rinunzie non possono forse addivenire un mezzo di vantagggiare indirettamente uno dei successibili?

È questa la questione da noi mossa: or tal questione è la stessa per tutta siffatta ipotesi indirettamente; ed in vero su tutte queste ipotesi indistintamente dobbiamo disaminarla.

1033.—Si è pure insegnato, sotto l'impero del nostro novell'ordine, il vantaggio che può risultare da tali specie di rinunzia non andar sottoposto a collazione; e questa opinione può venire precipuamente poggiata a motivi:

1. 1.^a crede debbe unicamente conferire ciò che abbia ricevuto dal defunto, val dire quei beni del defunto a lui pervenuti; e non debbe ad evidenza conferire ciò che esso medesimo abbia acquistato, *proprio jure*, in forza di chiamata ad esso personale;

Or la rinunzia, fatta dal defunto al diritto che vantava alla eredità, al legato o alla comunione, ha prodotto il duplice effetto, da un lato, che reputasi non aver mai avuto il diritto medesimo, e che conseguentemente non ha potuto trasmetterlo al suo successibile (art. 785, 798, 4492—702); e d'altro lato che il successibile reputasi per contrario essere stato caso medesimo sempre chiamato, senza intermedia persona, in forza della legge, del testamento o del contratto di matrimonio, al-

la eredità, al legato o alla comunione da lui conseguita (art. 786, 898, 1039, 1494 — 703, 994);

Dunque non potrebbesi astringere il successibile alla collazione, senza annientare la sua chiamata personale, e senza astringerlo a *confirre* la propria cosa !

2. Altronde il defunto, col rinunciare, può non avere avuto lo intendimento di vantaggiare il suo successibile, ed avere semplicemente voluto esimersi dagl' impacci di una liquidazione o da' rischi che l' accettazione avrebbe potuto trar seco per lui; ed indarno dimanderebbesi provarlo aver egli rinunciato unicamente nello interesse del suo successibile; colestà pruova non potrebbe venire ammessa, primieramente perchè il defunto, rinunciando, si è valso di una facoltà a lui competente, e di cui nessuno ha diritto d' investigare i motivi; e secondariamente perchè siffatta investigazione sarebbe oltremodo incerta e farebbe sorgere in fatto molteplici difficoltà (*confr.* Grenier, t. II, n. 545; Toulhier, t. II, n. 476; Ducanroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 699).

Cotesti motivi, per quanto gravi sembrar possano, nulladimeno riescono inefficaci a persuaderci; e crediamo poter dimostrare per l'opposto che il vantaggio emergente dalle rinunzie in disamina debba andar sottoposto a collazione:

1. Primieramente torna indubitato la eredità, il legato o la comunione, cui il defunto rinunciò, appartenere a lui, comunque non gli avesse accettati, e formar parte del suo patrimonio: in vero il diritto francese, e segnatamente il Codice Napoleone, si è compiutamente dipartito dalla idea Romana, in conformità della quale chi rinunciò ad un diritto di tal genere non diminuiva il suo patrimonio, ma tralascia semplicemente di accrescerlo (*confr.* art. 724, 781, 788, 1044, 1464 — 645, 698, 705, 968; *ved.* eziandio il tomo III, n. 78);

Or, se il defunto avesse nn diritto acquisito alla eredità, al legato o alla comunione, ne conseguirebbe di necessità, avendo rinunciato a questo diritto per farlo pervenire al suo successibile, ad obbietto di vantaggiarlo, avertò il successibile ricevuto appunto da lui.

2. Ma no! esclamano i propugnatori della opposta opinione: il successibile l' ha ricevuto unicamente per proprie ragioni ed in forza della sua personale chiamata, *rectè* *viz*, senza veruna intermedia persona !

DEMOLOMBE, Vol. VIII.

Agevole ci sembra la risposta:

Indubitatamente il successibile aveva un diritto a lui proprio ed una personale chiamata.

Ma di che faceva mestieri per poteringere questo diritto ed averarsi la chiamata medesima ?

Conveniva che il defunto, in primo ordine, rinunziasse al suo diritto: la sola rinunzia del defunto poter rendere efficace, pel successibile, il suo personale diritto;

Or precisamente tal mezzo il defunto adoparò per fargli pervenire indirettamente il vantaggio che doveva procacciargli la sua rinunzia ! egli si valse di entesta personale chiamata del suo successibile come istrumento per compiere la sua liberalità ; e finalmente per tutto affermare, per sua liberale volontà, perchè vantaggiar voleva il suo successibile, effettuò egli medesimo, per fatto proprio, la personale chiamata di costui ;

Dunque il successibile ricevette questo vantaggio indirettamente dal defunto.

3. Obbiettasi aver potuto avere il defunto, per rinunciare, motivi diversi da quello di vantaggiare il successibile.

E ben vero ! quindi non pretendiamo che le rinunzie medesime debbano sempre o necessariamente dar luogo alla collazione : diciamo semplicemente che debbano darvi luogo, quando venga riconosciuto in fatto avere il defunto rinunciato al suo diritto per farne pervenire il vantaggio al suo successibile ed averne costui effettivamente cavato utile; anzi, a parer nostro, è forza affermare che, per l'unico motivo di averne cavato utile il successibile, purchè l'utile medesimo sia di qualche importanza, e possa considerarsi come vantaggio, debbesi presumere avere il defunto avuto la intenzione di vantaggiarlo; talchè converrebbe che lo stesso successibile dimostrasse apertamente tale intenzione non essere sussistita per venire esonerato dall'obbligo della collazione.

È ciò risponde alla obbiezione consistente nel sostenere che la nostra dottrina potrebbe promuovere difficoltà di pruova considerevoli intorno al conoscere con quale intendimento il defunto abbia fatto la sua rinnozia : di fatti, quasi sempre, in tali occasioni, quando la collazione verrà dimandata, la rinnozia avrà procacciato nn manifesto vantaggio al successibile, e quindi potrà spiegarlo, da parte del defunto, mercè la intenzione di procacciargli il vantaggio me-

desimo! altronde abbiamo già osservato che il legislatore, avendo imposto la collazione dei vantaggi indiretti, ha così permesso a' coeredi investigarne e provarne l'esistenza (sup. n. 1029).

Non converrebbe obiettare, per assodare coteste rinunzie non contenere una liberalità, che esse non vadano sottoposte alle formalità delle donazioni tra vivi (confr. decis. C. di Bordò 11 genn. 1834, Oullié, Dev., 1834, II, 312; arresto C. cass. 15 nov. 1858, Foubard, Dev., 1859, I, 10; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. III, p. 67, 68).

In vero non ne conseguiva menomamente che non possano contenere in sostanza una effettiva donazione; *potest, enim, et citra corporis donationem, volere donatio*, affermava l'omponio (L. 10, princ., ff. De donat.); e segnatamente nella materia delle collazioni torna incontestabile siffatta verità!

4. Finalmente osserviamo che la dottrina da noi combattuta potrebbe generare risultamenti iniqui e davvero inammissibili.

Il padre, per esempio, avendo due figliuole, ha donato primamente ad una di esse 100,000 fr. col suo contratto di matrimonio senza esenzione dal'la collazione, appalesando altronde di fare lo stesso per l'altra figliuola.

E poscia, nel momento in cui coslei va a contrarre matrimonio, si fa al padre un legato di 100,000 fr., con volgare sostituzione a pro precisamente della seconda figliuola.

Ecco, dice il padre, rinvenuta tutta la sua dote! ed egli rinunzia al legato, affinché la sostituzione volgare si avveri a pro della figliuola.

Qual sarebbe mai, in questa ipotesi, il risultamento della dottrina i cui propugnatori pretendono quai 100,000 fr. non provenirle dal padre?

Sarebbe che nel giorno dell'apertura dell'la successione la figliuola primogenita conferirebbe i 100,000 fr. da lei ricevuti col contratto di matrimonio, e per contrario la figliuola cadetta nulla conferirebbe!

Val dire cotesta opinione stabilisce una flagrante inegualianza là dove il padre di famiglia volle ad evidenza serbare tra' due figliuoli la più perfetta eguaglianza!

E se si supponesse che a pro di un figliuolo già vantaggiato per anteparte della quota disponibile si fosse fatta similgiante rinunzia, la conseguenza sarebbe anche molto più grave; dappoiché l'altro figliuolo troverebbesi lasso nella stessa sua riserva!

Tutti questi motivi ci sembrano conclusivi per istituire i vantaggi emergenti da questo specie di rinunzie andar sottoposti a collazione; e non eccettuiamo neppure il caso in cui vennero fatte dal padre a pro di tutti i figliuoli che aveva in tempo della rinunzia; se glie ne sieno sopraggiunti dappoi; indubitabilmente in questo caso potrassi sostenere con maggior apparenza di ragione che la rinunzia, avendo avuto luogo a pro di tutti, non ebbe per iscopo di vantaggiarli; ma se venga dimostrato l'opposto, i figliuoli vantaggiati debbono al certo la collazione (confr. decis. C. di Amiens 24 genn. 1856, de Marguerit, Dev., 1856, II, 520; arresto C. cass. 8 marzo 1858 de Saint-James, Dev., 1858, I, 545; Chabot, art. 543, n. 22; Duranton, t. VII, n. 315, 315, a 349; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 348; Demante, t. III, n. 487 bis, II).

1034. — Converrebbe altresì considerare quale indiretto vantaggio sottoposto alla collazione quello emergente, per uno de' successibili, dalla dimissione data dal defunto a suo pro da un ufficio di cui era titolare, se l'ufficio medesimo andasse annoverato tra quelli per cui la legge riconosce ne' titolari il diritto di presentare il loro successore all'approvazione del capo dello Stato (leggi del 28 aprile 1846, art. 94, e del 25 giugno 1844).

Tale dottrina, ineluttabile nel caso in cui la dimissione venne data con atto seguito dal defunto ed il successibile, non sarebbe meno inconcussa, qualora il defunto avesse dato la dimissione per ottenere la nomina del suo successibile, ed anche quando costui forse rimasto estraneo ad ogni partecipazione allo adempimento di cotesto progetto, se altronde, come supponiamo, il progetto stesso venne effettuato dal defunto unicamente nel suo interesse del successibile (confr. arresto C. cassazione 5 luglio 1844, Froidot, Sirey, 1845, I, 12; decis. C. di Rennes 10 dicem. 1823, Jezequel, Dev. e Car., *Collez. nuove*, 7, II, 275).

Reciprocamente, se il successibile stesso avesse ottenuto la nomina in surrogazione del suo trapassato autore, senza concorso dei suoi consuccessibili e senza averlo costoro presentato, ne dovrebbe sempre la collazione; dappoiché l'ufficio, o piuttosto il diritto di presentazione, trovarasi nella eredità e formava una parte del suo attivo (confr. decis. C. di Grenoble 4 feb. 1837, Servant, Dev., 1838, II, 45).

4035. — Nondimeno converrebbe eccettuare dalla precedente soluzione il caso in cui il successibile fosse stato nominato ad un ufficio in surrogazione del suo antore per l'unico motivo l'ufficio medesimo essere divenuto vacante per la costui destituzione.

Di fatti allora potrebbesi affermare il successibile non aver ricevuto dal defunto il vantaggio emerso per lui da cotesta nomina, ed averlo per contrario ricevuto dalla pubblica potestà, la quale, per effetto della destituzione del titolare, aveva riacquisito l'assoluto diritto di nomina (confr. arresto C. cass. 26 marzo 1849, Estevanoe, e 23 aprile 1849, Declercq, Dev., 1849, I, 348-320; 23 marzo 1853, Guillaumin, Dev., 1853, I, 273, 40 ag. 1853; de Saint-Meleux, Dev., 1854, I, 140).

Se non che potrebbe esservi luogo a distinguere la destinazione, che spoglia il titolare destituito del diritto di presentazione, dalla forzata dimissione, la quale avrebbe lasciato per contrario il diritto medesimo al dimissionario (confr. arresti C. cass. 25 agosto 1853, Sindaci del fallimento Martin, Dev., 1853, I, 606; 30 ag. 1854, Bonillaud, Dev., 1854, I, 549; decisione C. di Bourges 21 marzo 1854, Cr. D...., Dev., 1854, II, 347).

4036. — Però intendiamo qui parlare di quelli soli pubblici uffizii, riguardo a cui esiste il diritto di presentazione.

Noi già affermammo ben diversamente doversi dividere intorno ai pubblici uffizii, riguardo a cui i titolari non han diritto di presentare i successori all'approvazione del governo (confr. *supra*, n. 4045; arresto C. cass. 7. nov. 1827, Durieu, D., 1828, I, 303, Lebrun, lib. III, cap. VI, sez. III, n. 44; Pothier, Introd. al titolo XVII della cons. di Orleans, n. 80; Zachariae, Massé e Vergé t. II, p. 401.).

4037. — In quale di queste due categorie è no po mai annoverare i brevetti dei maestri di posta?

In altri termini la dimissione, data da un maestro di posta a pro di uno de' suoi successibili nominato in vece sua, costituisce forse un vantaggio sottoposto a collazione?

Laddove si volesse considerare il semplice carattere del brevetto di maestro di posta, dovrebbe negativamente rispondere; avvegnachè brevetti similgati non vennero compresi nella legge del 28 aprile 1816, la quale, per mire finanziarie, conferì a taluni uffiziali ministeriali il diritto di presentare il loro successore all'approvazione del capo dello Stato: inonde, a differenza di tali uffizii, riguardati d'allora in poi come una specie di proprietà del titolare, i brevetti di maestro di posta vanno, per contrario, riguardati come semplici commissioni, le quali costituiscono dei titolari meri agenti di un pubblico servizio, rievocabili dall'amministrazione senza addurne i motivi: invariabile è su tal punto la giurisprudenza del consiglio di Stato (confr. decis. 30 ag. 1832, Digy, 22 feb. 1833, Inband, 17 genn. 1834, Munil r, 28 giugno 1837, Berlaud-Desboux).

Non pertanto simultaneamente risulta dai testi di legge relativi ai brevetti medesimi, e segnatamente dagli articoli 68, 69, e 70 del decreto del 24 luglio 1793, del pari che dell'articolo 3 dell'ordinanza del Direttorio esecutivo del 4 pratile anno VII, che i maestri di posta e potranno disporre del loro « stabilimento, prevenendo della loro intenzione l'amministrazione, la quale farà specie dire, se lo stimi opportuno, una novella « commissione al cittadino indicato per la « surrogazione; — che se qualcuno di essi « muoia, gli eredi suoi possono continuare il « servizio per proprio conto »; — e finalmente che il maestro di posta « non può cedere i suoi cavalli, senza essere stato il, cessario preventivamente approvato ».

E di fatti appunto questo è l'andamento delle cose: il titolare del brevetto cede il suo stabilimento; e poscia presenta il suo cessionario all'amministrazione, che lo nomina, se non abbia motivi di negarvisi; e quasi sempre di fatti lo nomina; anzi è avvenuto (al certo più spesso che non accadrà in avvenire dopo la invenzione delle ferrovie) che i maestri di posta hanno così introitato rilevanti somme.

Or in tale stato de' fatti torna manifesto trovarsi già risolta la questione in esame, e doversi esser inogo alla collazione, se il titolare di un brevetto di maestro di posta si sia gratuitamente dimesso, a pro di uno de' suoi successibili nominato in vece sua, avendogli al certo conferito un vantaggio a carico del suo patrimonio; avvegnachè, se non si fosse gratuitamente dimesso a pro del suo successibile, avrebbe potuto ottenere il valore pecuniario del suo stabilimento col cederlo altrui (confr. arresti C. cass. 23 giugno 1854, Leral, Dev., 1854, I, 574; 42 giugno 1854, Quercy, Dev., 1854, I, 556.)

Non intendiam negare potervi essere alcune circostanze in cui la dimissione medesima non dovrebbe riguardare qual vantaggio preaccinto dal defunto al suo successibile (red. Pout., articolo della Rivista crit. di giurisprud., t. II, p. 19-21; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 401.)

Ma ciò che avvisiamo si è per lo più tali specie di dimissioni doversi considerare qual vantaggio sottoposto alla collazione.

Anzi in generale noi opineremmo così nel caso in cui, dopo la morte del titolare, uno de' suoi successibili fosse stato nominato in vece del suo autore, sia dietro presentazione de' suoi consuccessibili, sia senza la loro presentazione, se venisse riconosciuto che, promuovendo la sua nomina senza lor benepiacito, avrebbe quindi esercitato, a suo esclusivo vantaggio, un diritto formante parte della eredità (confr. decis. C. di Riom 30 maggio 1838, Hebrard, Dev., 1838, II, 448; arresto; C. cass. 45 mag. 1844, stesse parti, Dev., 1844, I, 23; decis. C. di Aix 15 aprile 1845, Ricard, G. del F., t. II, del 1845, p. 245).

4037 bis. — Le costruzioni o altre spese fatte dal defunto con proprio danaro su' beni pertinenti ad uno de' suoi successibili costituirebbero ad evidenza altresì, sieno alla concorrenza almeno del maggior valore, un vantaggio indiretto a pro di costui (confr. Pothier, *Delle succss.*, cap. IV, art. 11, § 2; e nota 1 su l'art. CCLXXX della cons. di Orleans).

4038. — Avverrebbe lo stesso dell'acquisto fatto dal defunto di una cosa in nome di uno de' suoi successibili, se altronde l'avesse fatto col proprio danaro e senza venire rimborsato.

È ben vero che, nell'ultimo stato del diritto romano, in conformità di una Costituzione di Diocleziano, il padre che comprava una cosa in nome del'a figliuola, *cujus nomine pater res comperavit*, presumevasi volergliela donare in anticipo, se non avesse appalesato opposta intenzione (l. 48, Cod. *Famil. ercisc.*); ma tal presunzione torcerebbe impossibile, atteso l'art. 843—762, il quale fa emergere la esenzione dalla collazione da una espressa dichiarazione.

Ed anche in generale spetterebbe al successibile, per esimersi dall'obbligo della collazione, il provare aver pagato il prezzo con suo particolar danaro, o almeno averlo rimborsato al suo autore; la qual prova tornerebbe per lo più impossibile, se si trattasse

di acquisto fatto dal padre in nome di uno de' suoi figli minori, che non aveva beni particolari (confr. Lebrun, lib. III, cap. VI, sez. III, n. 12; Pothier, *Delle su. ces.*, cap. IV, art. II, § 2; Merlin, *Rep.*, v. *Collazione nella eredità*, § 3, n. 47; Duranton, t. VII, n. 344; Grenier, t. II, n. 549; Chabot, art. 843, n. 24).

1039. — In somma è nòpo generaleggiare cotesta dottrina ed estenderla a tutti i casi in cui il defunto avesse fatto, ad un titolo qualsivoglia, sia a titolo di donazione, sia a titolo di semplice gestione di affari, anticipazioni nello interesse del suo successibile.

E ciò ci conduce all'art. 854 — 770, il quale di fatti esso medesimo è una conseguenza ed un'applicazione di tal dottrina:

« È soggetto a collazione ciò che si è impiegato per formare uno stabilimento ad uno de' coeredi, e per pagare i suoi debiti ».

Questa disposizione però non è limitativa, ed è manifesto doversi porre in collazione ogni somma adoperata nello interesse del successibile, anche quando l'impiego non avesse avuto per iscopo il suo stabilimento, né il pagamento del suo debito.

Se il legislatore ha specialmente fatto menzione di queste due cause, la ragione si è esser desse le più rilevanti e più frequenti fra tutte quelle che potettero determinare il defunto a fare anticipazioni nello interesse del suo successibile: indubitabilmente ha voluto per così stabilire, fra gli art. 854 ed 852 — 770 e 771, un contrapposto ed una specie di antitesi, che facessero meglio apparire in entrambi, ciò che il primo dichiara sottoposto alla collazione, e ciò che il secondo ne dichiara immune (infra, n. 4408).

4040. — E primieramente l'art. 854 dichiara sottoposto a collazione ciò che venne impiegato per lo stabilimento di uno dei coeredi.

Nessun dubbio, ove trattasi di costituzione di dote; o più generalmente di donazioni fatte dal defunto a pro di uno de' coeredi nel suo contratto di matrimonio: le donazioni medesime vanno ad evidenza sottoposte a collazione, come donazioni dirette in forza dell'art. 843.

Laonde è permesso supporre che nell'art. 854, la mente del legislatore è rivolta più particolarmente alle ipotesi in cui ciò che venne adoperato pel collocamento di uno dei coeredi offra il carattere di indiretto vantaggio; come quando il defunto abbia pagato di

proprio danaro lo stabilimento comprato dal successibile, o abbia dato la cauzione necessaria all'esercizio della sua carica, ecc.

1041. — Chechè ne sia, dobbiamo qui determinare il preciso significato del vocabolo *stabilimento*.

Torna incontrastabile doversi considerare adoperate allo stabilimento del successibile tutte le somme servite a procacciargli uno stato, una professione, come le somme adoperate per comprargli l'ufficio di notaio, di patrocinatore, di agente di cambio o altro, uno stabilimento commerciale o industriale, una quota in una società, ecc. (confr. Favard, *Rep.*, v. *Divis. di eredi.*, sez. II, § 2, art. 1, n. 6).

1042. — Ma avvisiamo non fermarsi qui, nella subbietta materin, la speciale significazione del vocabolo *stabilimento*.

È uopo pur comprendere, a parer nostro, ciò che venne adoperato:

Sia prima dello stabilimento propriamente detto, per un oggetto di natura tale da venirne considerato come il compimento, la consolidazione o la estensione.

Laonde, da un lato, sarebbe dovuta la collazione delle somme adoperate dal padre per procacciare ad un de' figliuoli una collezione di libri, di cui potesse abbisognare come avvocato o medico, o gli strumenti e ferri necessari allo esercizio di una professione o di uno stato; e non pertanto è da ammettere nè la biblioteca, nè gli strumenti, nè i ferri costituire di per sè ciò che in generale denominasi *stabilimento*; ma siccome neppur sono spese di mantenimento o educazione, la legge esime dalla collazione queste sole spese, così è mestieri inferirne le spese non aventi tal carattere andar sottoposto a collazione (confr., *infra*, n. 1424; Pothier, *Delle success.*, cnp. IV, art. 41, § 3; Grenier, t. II, n. 540; Toullier, t. II, n. 489; Duranton, t. VII, n. 314; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 346).

E d'altro lato, reciprocamente, sarebbe dovuta la collazione eziandio delle somme adoperate per continuare gli affari di un successibile già stabilito, per consolidare il suo stabilimento, per ampliarlo, o per ogni altra similante cagione (art. 843 ed 851 — 762 e 770; confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 347).

1043. — L'art. 851 dichiara parimente soggetto a collazione ciò che venne impiegato al pagamento de' debiti di uno de' coeredi.

E primamente però fa di mestieri che il defunto abbia estinto di fatti il debito di uno de' coeredi, e non il proprio debito!

Laonde non dovrebbero considerarsi sottoposto a collazione lo importare de' danni-interessi; che i genitori furono astretti a pagare, come civilmente responsabili, per un delitto o quasi-delitto commesso da uno dei loro figliuoli in età in cui non aveva ancora il discernimento sufficiente per soggiacere egli medesimo alla responsabilità de' suoi atti; allora il debito colpirebbe i genitori; dappoi- chè trarrebbe origine da mancanza di vigilanza loro imputabile (art. 1384 — 1338; confr. Toullier, t. XI, n. 274; Duranton, t. VII; Zachariae, Massé e Vergé, t. II, numero 402).

1044. — Lo stesso motivo dimostra diversamente accadere, se essendo il figliuolo in età di discernimento, egli medesimo fosse personalmente responsabile delle conseguenze de' suoi delitti o quasi-delitti (confr. Duparc-Poullain su la cons. di Bretagna, art. 656, num. 3; d'Argenteau, *cod. loc.*, art. 642; Toullier, t. XI, n. 465 e 274).

1045. — La collazione andrebbe forse dovuta dall'erede, anche quando il debito pagato dal defunto in sua liberazione non avesse potuto dar luogo contro di lui ad azione e condanna giudiziale?

A cagion d'esempio, cotesto debito poggiava sopra un titolo nullo;

O trovavnsi prescritto;

O era un debito naturale, come quello che può lasciar sussistere ancora la remissione fatta da' creditori del fallito con l'accordo;

O era usurario;

Oppure era un debito di scommessa o di giuoco (art. 1965 — 1837).

Nondimeno il defunto ha pagato queste specie di debiti; e come conveni supporre, gli ha estinti senza mandato nè approvazione del successibile.

Costui sarà forse in obbligo di porre in collazione le somme in siffatta guisa impiegate?

Per risolverlo con la maggiore sicurezza cotesta quistione ci sembra indispensabile successivamente disaminarla in due ipotesi:

A. Primamente, nella ipotesi in cui i debiti vennero soddisfatti dal defunto pel suo successibile di maggiore età e capace di liberamente disporre de' propri diritti;

B. In secondo luogo, nella ipotesi in cui

tali debiti furono pagati per un successibile minore emancipato, o non emancipato.

4046. — A. Nella prima ipotesi ci parrebbe il pretendere che l'erede vada sottoposto all'obbligo della collazione.

È ben vero, in tempo della discussione, che ebbe luogo sul proposito in consiglio di Stato, avere Berlier affermato essere indubitato la collazione non andar dovuta rispetto ai debiti contratti da persona di maggiore età, e soddisfatti dal defunto alla cui eredità concorre con altri eredi: (Loaré, *Legisl. civ.* t. X, p. 429, 430).

Anzi dobbiamo ammettere che l'oratore si esprime così precisamente per sostenere il pagamento de' debiti di giuoco ed altri simili, contratti dal successibile di minore età, non dover dar luogo alla collazione.

Ma da ciò non discende necessariamente avere Berlier inteso che il pagamento di queste specie di debiti, se ai fossero contratti da un successibile di maggiore età, dovesse generare contro di lui l'obbligo della collazione; e, in ogni caso, anche quando fu questo il divisamento di Berlier, non sapremo ammettere i compilatori dell'art. 851 aver voluto sancirlo; avvegnacchè sarebbe stato pur troppo avverso a tutti i principii!

In vero la collazione può andar dovuta dall'erede sol quando il defunto gli abbia procacciato vantaggio (art. 843 — 762); e se debbe la collazione di ciò che fu impiegato pel pagamento de' suoi debiti, il motivo si è il pagamento stesso avergli procacciato la sua liberazione, avere il defunto fatto per lui un atto utile di gestione di affari (art. 4375 — 4329);

Or il pagamento non ha potuto procacciargli la sua liberazione, se il preteso debito fosse tale da non obbligarlo;

Dunque il pagamento medesimo non gli ha procacciato alcun vantaggio; ed il defunto col farlo non ha utilmente amministrato l'affare suo.

E ciò dimostra indarno invocarsi le generiche espressioni dell'art. 851; dappoichè le espressioni medesime debbono intendersi in conformità del principio fermato con l'art. 845, di cui lo stesso art. 851 è mera conseguenza o sviluppo.

Di fatti non poteva, competere al defunto lo spogliare il suo successibile del diritto che aveva di dedurre tutti i mezzi per cui l'azione del creditore potesse venire rigettata; diversamente converrebbe giungere sino ad afferma-

re che la collazione sarebbe da lui dovuta non solo nel caso in cui il pagamento si fosse fatto dal defunto senza mandato e senza accettazione da parte sua, ma eziandio nel caso in cui si fosse fatto non ostante le sue proteste ed il suo divieto!

Se dunque il defunto abbia pagato queste specie di debiti, tal pagamento non ha potuto farsi da lui se non per sua particolare soddisfazione, *honoris causa*, o per generosità verso il preteso creditore, oppure per motivi di prudenza; ma in tutti i casi, e sia qualunque la spiegazione che vogliamene dare, la conseguenza debbe ricadere su la intera eredità (confr. Ducaurroy, Bonnier e Rousling, tomo II, numero 740; Taulier, tomo III, pag. 343).

4047. — B. Ed ora che mai conviene statuire nella seconda ipotesi, quando il defunto abbia pagato, pel suo successibile di età minore, debiti per cui il creditore non avrebbe potuto ottenere avverso di lui condanna giudiziale?

Particolarmente su tale ipotesi si aggirò la discussione in Consiglio di Stato allorchè venne mossa la questione in disamina (Loaré, *Legisl. civ.* t. X, p. 428-438, n. 11-212); parrebbe alquanto verosimile il risultamento di tal discussione essere stato il pagamento di queste specie di debiti fatto dal defunto per un successibile di minore età dar sempre luogo all'obbligo della collazione; non pertanto da un lato osserveremo il testo dell'articolo 851 non essere addivenuto dopo più esplicito di prima, e d'altro lato cotesto risultamento, ammettendo esser tale, non distrigherebbe chiaramente e rimanere pure sommamente incerto; dappoichè i propugnatori di ciascuna delle tre opinioni campeggiati han creduto del pari potersene prevalere (confr. Chabot, art. 854, n. 2; Duranton, t. VII, numero 312; Mourlon, *Repert. serv.*, t. II, p. 454).

4048. — Evvi primamente un caso in cui non esiteremmo ad affermare non andar dovuta la collazione.

È appunto il caso in cui il debito pagato dal defunto per uno de' suoi figli minori dovrebbe considerarsi avere per causa di spese di alimenti, di mantenimento o educazione in conformità dell'art. 852 — 774.

A cagion di esempio un giovane, cui il padre aveva assegnato la pensione di 4500 fr. e che non si limitò all'assegnamento medesimo, trovandosi in fine dell'anno debitrice dell'ese-

o del suo sarto nella somma di 100 o 200 fr.

Ed il padre gli assegna un credito suppletorio (203 — 493): son queste spese cui si applica l'art. 852; ed apparentemente il legislatore, il quale scrisse quello articolo, non ignorava che quelle specie di spese non si circoscrivono sempre entro i limiti della cifra determinata dal padre di famiglia! (Ved. nondimeno *infra*, n. 4053).

1049. — Ma suppongasì che i debiti pagati dal defunto pel suo successibile minore non abbiano tal carattere, o costituiscano al contrario, per loro assoluta importanza, e massime per la loro importanza relativa a' beni di fortuna del padre ed alla sua condizione, atti manifesti di prodigalità e disordine, debiti di giuoco, prestiti?

È questa la più procaccia parte di siffatti tesi: quindi tre diverse opinioni vanno ancora oggidì campeggiando:

I. I pripugnatori della prima opinione insegnano il pagamento di tali specie di debiti dover sempre dar luogo alla collazione:

Da un lato possono invocare in questo senso le generiche espressioni dell'art. 851, il quale astringe il coerede alla collazione di ciò che venne adoperato *pel pagamento dei suoi debiti*; dunque di tutti i suoi debiti indistintamente: anzi potrebbero osservare precisamente queste specie di debiti l'art. 851 sembrare avere in mira, come pare dimostrare il ravvicinamento, negli art. 854 ed 852, di quelle correlative idee di spese di educazione, di stabilimento, e di debiti estinti; le quali idee sembrano annodarsi del pari alla ipotesi in cui furono dal padre o dalla madre impiegate somme pel figliuolo:

D' altra lato, in ultima analisi, è stato pur questo il risultamento della discussione del consiglio di Stato, e questo risultamento trovasi di fatti giustificato da due motivi sommamente gravi; cioè, sia perchè conviene che la intera famiglia non possa venire rovinata per le prodigalità di uno de' figliuoli, ed è rilevante al contrario contenerli tutti mercè l'obbligo della collazione; sia perchè il padre, che pagò, credette essere necessario il pagamento nello interesse stesso del successibile, e l'art. 851 *conferisce al padre, come disse Bigot-Prémeneu, il diritto che, nell'opposto sistema, competerebbe a' tribunali*; ed egli soggiungeva trovarsi preservato dal pericolo d' imprudenti pagamenti; avvegnachè il timore di rovinare il figliuolo impedirà sempre al padre di pagare coa leggerezza (coulr. Chabot, art.

843, n. 2; Mourlon, *Ripet. scrit.*, t. II, p. 154).

II. A norma della seconda opinione per l'opposto il pagamento di queste specie di debiti non debbe mai dar luogo a collazione:

1. Questo pagamento non astringerebbe alla collazione il successibile di età maggiore pel quale venne fatto dal defunto (*supra*, n. 1047);

Or la condizione del successibile di minore età non può mai esser peggiore di quella del successibile di età maggiore, e non può egli mai andar sottoposto all'obbligo della collazione in un caso in cui questo ultimo ne andasse immune.

2. Di fatti il testo dell'art. 851 non è più assoluto per l'uno che per l'altro, e gli astringe per contrario *inobedue* alla collazione sol quando il pagamento fatto dal defunto abbia loro procacciato una vera liberazione; val dire sol quando trattisi di debito *pel cui pagamento*, come affermava Berlier, il coerede avrebbe potuto essere validamente contenuto in giudizio (Loché, *Législ. civ.*, t. X, p. 134).

3. E Berlier soggiungeva il motivo sommamente giuridico e preveggevole, che se in simile caso richiedevasi la collazione, ne conseguirebbe, « ad onta di tutte le precauzioni prese dalle leggi, affinchè il minore non potesse contrattare nè validamente obbligarsi, aver potuto costui in un giorno solo ed anticipatamente sciopare tutti i beni di sua fortuna unicamente per esser pinciuto al padre di estinguere un debito illegale. » (Loché, *loc. supra cit.*, p. 230; coulr. Ducaurroy, Bonnier e Roustain t. II, n. 709, 740; Toullier, t. III, p. 343, 344; Labbé, *Rivista pratica di diritto francese*, p. 495-498, n. 25-28).

III. Finalmente, in conformità della terza opinione, il pagamento di tali specie di debiti darebbe luogo o pur no alla collazione, secondo le circostanze; e sarebbe questa una quistion di fatto, che i magistrati dovrebbero decidere, secondo i diversi elementi della specie, in ragione, per esempio, della natura del debito e della sua importanza, de' beni di fortuna del padre, della età che aveva il figliuolo nell'epoca in cui contrasse il debito, dello interesse che aveva ad essere estinto. Per ovviare ad umiliazione e disistima, ecc. È questo il sentimento appalesato da Treilhard (Loché, *loc. supra cit.*, p. 429; coulr. Toullier, t. II, n. 483; Duranton, t. VII, n.

342; Vazeille, art. 852, n. 3; Malpel, n. 274; Poujol, art. 852, n. 5; Zachariae, Aubry e Rau, t. II, p. 316; Massé e Vergé, t. II, p. 402).

Rispetto a noi, non accettiamo innanzi tutto la prima opinione, i cui propagatori vorrebbero sempre sottoporre il successibile alla collazione.

Anzi confesseremo, non ostante il numero e l'autorità de' suffragii in sostegno della terza opinione, inclinar noi più per la seconda, a norma di cui pel converso la collazione non è mai dovuta.

O almeno vorremmo, per seguire la terza opinione, la quale offre il sommo vantaggio (e tal vantaggio è sempre di fatti notevolissimo in pratica) di non essere assoluta, che addivenisse più precisa; e, a cagion di esempio, ci schiereremmo risolutamente tra i suoi difensori, se si volesse adottare per regola la collazione andar dovuta, nel caso in cui il debito pagato dal padre in liberazione del figliuolo minore fosse di natura tale che, se si fosse soddisfatto da un tutore, il pagamento stesso avremmo dovuto considerare come atto di utile gestione tutelare, e conseguentemente sarebbe stato lecito al tutore comprendere la somma pagata nel conto di tutela. Conveniamo che, sotto questo punto di veduta, spesso non accadrà potersi così statuire; avvegnachè, per tesi generale, il tutore debbe pagare in nome del minore i soli debiti per cui potrebbe esser convenuto in giudizio (confr. il nostro trattato della minore età, cc., t. I, n. 654, 775, 776, e t. II, n. 411); ma nulladimeno non tornerebbe impossibile che il pagamento di un debito non rivestito di cotesto carattere costituisse un atto di utile gestione tutelare, come se, a cagion di esempio, il pagamento medesimo fosse stato necessario per ovviare a strepito giudiziario, a procedimento forse anche corzionale o ad altro ancor più grave.

Or, in similante caso, avviseremmo altresì andar dovuta la collazione, se il debito si fosse pagato dal defunto, sia che il defunto fosse tutore, sia che nol fosse; dappoichè in questo ultimo caso avrebbe almeno utilmente amministrato l'affare del minore.

4050. — Spesso si è mossa quistione se debbasi la collazione di ciò che venne sborsato da' genitori per la surrogazione del figliuolo nel servizio militare.

La stessa quistione potrebbe sorgere ancora oggi relativamente alle somme o presta-

zioni pagate da' genitori sotto il novello sistema della legge su la dotazione dell'armata del 30 aprile 1855 (art. 5 e seg.). per ottenere l'esoneramento de' loro figliuoli dal servizio militare.

Ad onta di una decisione in contrario già antica (Decis. C. di Digione 23 gen. 1817, Plaige, Sirey, 1817, II, 374), l'affermativa trovasi generalmente ammessa nella dottrina del pari che nella giurisprudenza; e, a parer nostro, con somma ragione:

A norma dell'art. 851 è dovuta la collazione di ciò che venne adoperato pel pagamento de' debiti di un coerede;

Or il debito del servizio militare è un debito personale del figliuolo: ogni *Francese è soldato e dedito alla difesa della patria*, dichiara l'art. 4 della legge del 19 fruttidoro anno VI;

Dunque i genitori, che sborsarono una somma per liberare il figliuolo, han soddisfatto un debito di costui, che nessuna legge nè principio alcuno pone a lor personale carico.

Nè è da distinguere se il figliuolo stesso fu o pur no parte nell'atto, che procacciò la liberazione: se non fuvi parte, il padre o la madre sua agì come *negotiorum gestor*; ed il figliuolo, esonerato dal servizio militare, ha ratificato la loro gestione e ne ha cavato vantaggio.

Poco monta del pari la circostanza esser minore il figliuolo in tempo della surrogazione o esonerazione. Cotesta distinzione, suggerita da Vazeille (art. 851), non debbe, a creder nostro, venire ammessa; dappoichè, oltre al potersi rispondere forse che lo stesso figliuolo di età minore di ventuno anno reputasi di maggiore età relativamente al servizio militare (arg. dall'art. 374 — 290 e della legge del 28 aprile 1832), torna impossibile che il minore al pari del maggiore ha il vantaggio della liberazione procacciatagli dal padre o dalla madre senza sopportarne il peso.

Ed è questa la ragione per cui è forza proscrivere altresì l'emenda suggerita da Toulhier, consistente nel sostenere la collazione non esser dovuta, se il padre, avendo contratto anticipatamente con una compagnia di assicurazione, il figliuolo ottenevasse di più un numero che lo esonerasse dal contingente militare; *dappoi-è tal somma, egli dice, sarebbe rimasta senza utile impiego* (t. II, n. 483). — Eh! davvero no! avvegnachè il padre aveva fatte, assicurando il figlio contro

gli eventi della estrazione, una convenzione aleatoria: or, per determinare l'utilità di tal convenzione, è forza prender le mosse dal momento in cui ebbe luogo e non dopo l'avvenimento! « non si è mai riguardato il pagamento del premio di assicurazione come spesa fatta a pura perdita, anche quando l'oggetto assicurato non sia soggiaciuto a veruno nocimento; » è questa pure l'osservazione dell'onorevole annotatore di Toullier (Duvier; loc. *supra* cit., nota a).

Dunque la collazione è dovuta per questa causa *confr.* decis. C. di Caen 5 genn. 1841, Dasseville, Sirey, 48 13 II, 387; di Grenoble 12 feb. 1846, Chassignon: 25 lug. 1816, Milat; 8 marzo 1847, Bourjaillet; 13 marzo 1817, Astier, Sirey, 1822, II, 295; di Bourges 21 feb. 1823, Ondet, D., 4823, II, 231; 22 feb. 1829, Andiges, D., 1829, II, 178; di Amiens 17 marzo 1853, Gandon, Dev., 1855, II, 97; arresto C. cass. 21 dic. 1853, Morin, Dev., 1855, I, 276; Merlin, *Rep. v. collazione nella ercd.* § 3, n. 24; Chabot, art. 851, n. 4; Duranton, t. VII, n. 362; Malpel, n. 274; Grenier, t. II, n. 514 bis; Poujol art. 851, n. 6; Demante, t. III, n. 488 bis, IV; Fouet, de Conflans, art. 843, n. 42; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 316; Massé e Vergé t. II, p. 402).

È questa la regola.

Ma la regola medesima ci sembra comportare due eccezioni:

1. Se la surrogazione o la esonerazione del figliuolo ebbe luogo non già nello interesse di costui, ma nello interesse degli stessi genitori o della famiglia per conservare il figliuolo medesimo, la cui cooperazione era necessaria o almeno utile alla coltivazione, al commercio ed a' loro affari: di fatti in questo caso i genitori hanno amministrato l'affare proprio anziché quello del figlio, al quale altronde ne gli ha rimunerati co' servizi loro renduti; ma in generale lo stesso figliuolo, avverso di cui vien dimandata la collazione, per applicazione della regola, debba provare trovarsi nella eccezione (*confr.* decis. C. di Tolosa 9 genn. 1833, Gros, Dev., 1835, II, 413, di Douai 20 genn. 1838, Delhal, e 20 feb. 1838, Renoult, Dev., 1859, II, 1132; di Riom 13 feb. 1841, B..., Dev. 1844, II, 633).

2. Se il contratto formato dal padre sia stato a titolo oneroso; come se a cagion di esempio, avesse imprudentemente pagato il prezzo della surrogazione ad una compagnia di assicurazione insolubile, la quale non avesse

potuto soddisfare la propria obbligazione; ed il figliuolo fosse stato astretto, sia a marciare sia a farsi novellamente surrogare; dappoiché allora l'affare non sarebbe stato utilmente amministrato) art. 1375 — 1329).

3. Si è pur suggerita una terza eccezione pel caso in cui la somma pagata da' genitori per la surrogazione del figlio fosse modica relativamente a' lor beni di fortuna (*confr.* decis. C. di Riom 19 ag. 1829; Farnouse, Dev. 1830, II, 214; di Grenoble, 2 feb. 1822, Grivon, Dev. e Car., *Collez. nuova*, 7, II, 49; *ved.* eziandio arresto C. cass. 24 feb. 1853, Morin, Dev., 1855, I, 276; Marcadé, art. 852, n. 114).

Ma cotesta eccezione ci parrebbe arbitraria e di natura tale da generare, nella subbielta materia, incertezze e contese, che sarebbe, a creder nostro, più saggio antivenire, attenendosi per tutti i casi alla regola formata con lo art. 851 (*confr.* Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 402).

4051.—In tal congiuntura, come in tutte le altre, è dovuta la collazione di ciò che venne impiegato pel pagamento di questo debito del coerede (art. 851 — 770).

La su riferita decisione della Corte di Caen del 5 genn. 1811 (*supra*, num. 4050) aveva eccettuato dall'obbligo della collazione la somma di 325 fr., pagata al surrogante per suo equipaggio (agg. la precitata decis. della Corte di Bourges del 22 feb. 1829).

E da ciò si è voluto inferire, per regola generale, esservi sempre luogo a dedurre dalla somma pagata per la surrogazione del figliuolo lo importare dello spese di equipaggio, in conformità dell'art. 852 — 774 (*confr.* note della Raccolta di Devilleneuve, loc. *supra* cit.).

Ma cotesta illazione non ci sembra ben fondata: dalla circostanza che il figliuolo, se avesse marciato, non avrebbe dovuto conferire le spese ordinarie di equipaggio fatte dal padre per lui, non conseguita che il figliuolo, il quale non marciò e per cui quindi non dovettero farsi spese di equipaggio, non debba la collazione di tutto ciò che venne speso per farlo surrogare nel servizio militare.

4052.—Ciò che ci sembra meglio fondato si è che il figliuolo non debba la collazione delle spese necessarie, come spese di viaggio, di vettura, di soggiorno in locanda cagionata al padre dalla operazione della surrogazione.

Abbiam veduto porre in campo siffatta pretensione; e sostenevasi che il gerente di af-

fari ordinario avrebbe diritto a tutti questi indennizzamenti (art. 4375 — 4329).

Ciò è vero! ma precisamente il padre non è un gerente di affari ordinario ed il figliuolo debbe alla eredità sua la collazione delle sole somme direttamente sborsate dal padre, per estinguere i suoi debiti; or non sono tali quelle piccole spese che si fanno con le rendite, e che quindi non impoveriscono il padre né arricchiscono il figlio (arg. dall'art. 852).

Costeta osservazione è equivoca; ed avvisiamo doversi applicare a tutti gli atti di gestione, che potettero farsi dal defunto nello interesse di uno de' suoi successibili.

4053. — La collazione della somma sborsata dal defunto pel pagamento del debito del coerede debbe aver luogo, anche quando il debitore medesimo avesse avuto per causa, da parte del coerede debitore verso il creditore non un capitale, ma interessi, annualità arretrate, mercedi o estagii.

L'art. 851 non fa veruna distinzione; e non doveva farne; dappoiché tali interessi annualità arretrate; mercedi o estagii costituiscono ad evidenza, da parte del terzo che li paga, verso il debitore liberato dal pagamento un vero capitale sottoposto a ripetizione (arg. dall'art. 1455 — 1408).

Ed opineremo, per lo stesso motivo, che avverrebbe così nel caso in cui il debito pagato dal defunto si fosse contratto dallo stesso successibile, o almeno in nome suo, per suoi alimenti, mantenimento o educazione; dappoiché non potrebbesi allora invocare l'art. 852 in cui trattasi di spese fatte o obbligazioni contratte dal defunto per somministrare queste specie di prestazioni al suo successibile; non pertanto supponiamo che il defunto non fosse stato personalmente sottoposto, verso il successibile, all'obbligo degli alimenti, mantenimento ed educazione; dappoiché in tal caso potrebbesi affermare che pagando il debito dallo stesso successibile contratto per questo oggetto avesse soddisfatto il personale suo debito (supra n. 4048; confr. Demante t. II, n. 488 bis III).

4054. — Quando il defunto abbia quindi speso somme per lo stabilimento di uno de' coeredi, pel pagamento de' suoi debiti o per ogni altra causa di tal genere, molto rileva il conoscere con quale spirito abbia agito, o quale sia stato il suo intendimento nel fare le anticipazioni medesime, sia che le abbia rivolte direttamente al coerede, sia che le abbia indirizzate ad un terzo.

In vece il defunto ha potuto avere in tali congiunture, due intenzioni assai diverse; e conseguentemente le anticipazioni da lui fatte possono aver avuto eziandio due caratteri sommamente vari:

1. Ha potuto voler esercitare una liberalità verso il suo successibile; ed allora ciò che sborsò per lui ha il carattere di donazione per anticipazione di eredità;

2. Per contrario ha potuto non voler fare, pel suo successibile, che un' anticipazione di fondi rimborsabile da costui; ed allora l'anticipazione medesima assume il carattere di prestito;

3. Finalmente in questo secondo caso il prestito stesso ha potuto farsi eziandio in due diversi modi:

Sia principalmente nello interesse del defunto, il quale ci avesse rinvenuto occasione di vantaggioso e sicuro impiego per sé stesso;

Sia precipuamente nello interesse del successibile, come se, a cagion d'esempio, il prestito fosse gratuito.

Altronde la circostanza del prestito con interessi non sarebbe di necessità sempre decisiva per provare aver avuto luogo nello interesse del defunto, anziché nello interesse del successibile; e, a cagion d'esempio, converrebbe in generale statuire il prestito eziandio ad interesse, essersi fatto pel vantaggio del successibile, se gli interessi fossero tenui, segnatamente se venisse dichiarato rimborsabile solo dopo la morte dell'autore che facesse l'anticipazione medesima (confr. decis. C. di Parigi 21 dic. 1843, Belin, Dev., 1844; II, 82; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 347).

Ed il prestito potrebbe essersi fatto pel vantaggio del successibile, anche quando emergesse dall'anticipazione fatta dal defunto pel pagamento di un debito del successibile medesimo.

Indarno obbietterebbesi che, se il defunto abbia soddisfatto il creditore del suo successibile per divenire egli stesso creditore in vece sua, la posizione del successibile non trovasi mutata, rimanendo sempre debitore!

In vero forse il pagamento fatto dal defunto non può avere impedito il corso d'interessi elevati, che producevansi dal debito soddisfatto da lui? — purgati i beni del successibile da privilegi ed ipoteche, che garantivano quel debito? — e, nello stesso caso in cui il defunto si fosse fatto surrogare al creditore, forse il pagamento fatto da lui non può aver preservato il successibile da imminen-

i procedimenti del minaccioso creditore?

Dunque torna evidente il pagamento aver-
si potuto fare nel suo interesse, e anche quan-
do il defunto avesse interesse a farlo a titolo
di prestito.

Queste distinzioni e gradazioni non vengo-
no da noi escogitate; si bene discendono dal-
la verità de' fatti e dalla stessa natura del-
le cose; soprattutto esse sono uniformi alla
intenzione che, secondo i vari casi, potette
determinare il defunto, ed allo scopo cui mi-
rò: basta altresì affermare esser dessi emi-
nentemente consone a' principi della subbiet-
ta materia i quali han precipuamente per ba-
se la presunta intenzione del defunto.

Laonde in ogni tempo le distinzioni mede-
sime vennero fatte, sia in diritto romano, sia
nel diritto francese.

I Romani distinguevan puro diligentemen-
te a qual titolo coteste specie di anticipazioni
si facessero dal padre ad uno de' figliuoli:

Se il padre le facesse a titolo di donazione,
pietate debita ductus (L. 50, *Famil. ercisc.*);
— *pietate cogente* (L. 34 ff. *De negot. gest.*);
— *pro pietatis ratione* (L. 47 Cod. *De post-
lim. revers.*);

Orvero per contrario le facesse a titolo di
prestito, *credendi causa* (L. 50 *supr.*, *Fam-
il. ercisc.*).

La stessa distinzione rinviasi nelle opere
de' nostri antichi giuriconsulti (confr. Le-
brun, lib. III, cap. VI, sez. III, n. 47; Pothier
Delle success., cap. IV, § 2, art. II; Rasnage
su l'art. 434 della cons. di Normandia).

Gravissime ne discendono le conseguenze;
e ben tosto le desumeremo in ispecial modo,
(*infra*, n. 4062 e seg.): ci basta qui ram-
mentare l'eredità, se trattasi di donazione fat-
tagli, potersi esonerare dalla collazione con
la rinunzia; mentre, se trattasi di prestito, la
sua rinunzia non potrebbe però liberarlo dal
suo debito verso la eredità.

4055.—E questo il principio in diritto.

Ed ora in fatto in quali casi il defunto che
avrà sborsato una somma per uno de' coeredi
avrà inteso donargliela?

In quali casi per contrario semplicemente
prestargliela?

E finalmente in quali casi il prestito; se ef-
fettivamente esista, si sarà fatto nello interes-
so del defunto o nello interesse del succes-
sibile?

È manifesto le determinazioni medesime
dipendere dalle circostanze; e non possiamo
meglio spiegarci che col servirci delle espres-

sioni del giuriconsulto Paolo, il quale pre-
cisamente insegnava in tal congiuntura:

« *Haec disceptatio in factum constituit...;
et in re facti facilius putabo.* » (L. 34, ff. *De
negot. gest.*; *supra*, n. 1054).

Era pur questo il divisamento di Celso in
un caso affatto analogo, intorno alla quistio-
ne se il marito, il quale abbia fatto anticipa-
zioni per la moglie, abbia inteso semplice-
mente amministrare l'affare suo o fare una
donazione: *utrum negotium uxoris gerens,
an officio mariti ductus*, rispondeva:

« *Facti, non juris quaestio est; conjectura
e ejus rei, ex modo et ex genere impensae
non difficiilis est.* » (L. 47, ff. *De donat.
int. v. r. et uxoris*).

Ciò che puossi affermare, per tesi genera-
le, si è il vero carattere del fatto doversi in-
vestigare primamente nelle espressioni ado-
perate ne' diversi atti, seguiti tra il defunto
ed il successibile o la persona terza, cui i
fondi fossero direttamente passati, mercè gli
atti di pagamento o quietanza, ec.; in man-
canza di atti, o nel silenzio degli atti, o se sia-
no equivocali le espressioni adoperatevi, con-
verrà fare indagini nelle carte domestiche,
nelle scritture del defunto ec. (confr. decis.
C. di Orleans 24 nov. 1855, Tascheau, Dev.,
1856, II, 385): sarà mestieri segnalamen-
te avere massimo riguardo alla posizione del-
la famiglia ed all'istato de' beni di fortuna co-
me alla posizione del successibile nel tempo
in cui le somme vennero sborsate per lui: a
cagion di esempio, dovrassi inclinare a rav-
visare una donazione nell'anticipazione fatta
dal padre ad uno de' figliuoli, anziché nell'
anticipazione fatta dallo zio ad uno de' nipoti
se lo zio medesimo, avendo in quella epoca un
figliuolo, il nipote non era suo erede presun-
tivo e lo è divenuto sol dopo, per la pro-
venienza del cugino: l'anticipazione fatta
dal padre ad uno de' figliuoli dovrebbebbesi so-
prattutto riguardare come donazione anziché
come prestito, se il padre avesse già fatto o
facesse dappoi agli altri figliuoli donazioni di
eguali somme; ovvero se il figliuolo, cui ven-
ne fatta l'anticipazione, non avesse in quel-
l'epoca, come spesso accade, beni partico-
lari progegenti, sia dalla eredità del suo pro-
morto autore, sia da altro causa, per estin-
guere un debito; mentre per contrario potreb-
besi più agevolmente scorgere un prestito in
tale anticipazione, qualora, quando fu fatta,
il figliuolo avesse particolari beni di fortuna,
e soprattutto se il padre o la madre fosse de-

bitore verso di lui; nel qual caso sarebbe naturale il presumere aver voluto semplicemente soddisfare il figliuolo (arg. dell' art. 4545 — 4358; ved. pure L. 34 ff. *De negot. gest.*)

Finalmente se cotesti diversi elementi d'interpretazione lasciassero ancora sussistere dubbiezze intorno al vero carattere della operazione, dovrebbero presumere aver voluto il defunto fare una donazione per anticipazione di eredità anziché un prestito.

« La donazione non si presume, insegnava Lebrun; essa debbe essere espressa; ed è questo il motivo, per cui bisogna che non fieglio non rinunzi temerariamente su la presupposizione di simile donazione. » (L. III, cap. VI, sez. III, n. 47).

Indubitatamente è mestieri che il successibile non rinunzi temerariamente; ed in vero testè affermammo che tutte le circostanze del fatto dovessero ponderatamente esaminarsi; ma ciò che avvisiamo eziandio si è che se tali circostanze non dimostrino una volontà diversa da parte del defunto, debbasi presumere aver voluto fare una donazione al suo successibile; e questo ci sembra essere al certo il divisamento del legislatore, nel collocare il predetto art. 851 nella sezione delle collazioni, dove sta, al pari di tutti gli altri articoli di quella sezione, come conseguenza ed applicazione dell' art. 843, il quale astringe l'erede a conferire tutto ciò che abbia ricevuto per donazione tra vivi; direttamente o indirettamente (confr. Duranton, t. VII, n. 361; Demante, t. III, n. 488 bis, II; Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II n. 541; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 314; Massé e Vergé, t. II, p. 402; Troplong, *Delle donaz. e de' test.*, t. II, n. 961).

4056. — Taluni atti, fatti dal defunto a pro di un terzo o con un terzo, possono altresì contenere un indiretto vantaggio a pro di uno de' coeredi.

Primamente è questa, per eccellenza, la liberalità fatta al successibile, mercè una interposizione di persona.

È tale sarebbe altresì una stipulazione qualsivoglia fatta a suo pro in conformità dell' art. 1121 — 1075.

4057. — Anzi poco importerebbe che il terzo, a pro di cui il defunto avesse fatta una disposizione o con cui avesse contrattato, a qualsivoglia titolo, fosse stato incaricato di rimettere al successibile non un oggetto proveniente dal defunto, ma un oggetto che apparteneva a lui stesso.

Il successibile sarebbe sempre tenuto di conferire, secondo i casi, l'oggetto medesimo o il suo valore.

Indarò obbietterebbesi il successibile non aver ricevuto quello oggetto dal defunto, dopo che il defunto non l'ebbe giammai.

Indubitatamente! ma ha ricevuto tale oggetto dal terzo, cui il defunto aveva imposta la condizione ed il peso di trasmetterglielo, per volontà dello stesso defunto: or la considerazione di questo peso, imposto al terzo, ha dovuto al certo esercitare influenza sia sulla importanza della liberalità fattagli dal defunto, sia su le condizioni del contratto, che ebbe luogo tra il defunto e lui: dunque simultaneamente per volontà del defunto ed in detrimento del suo patrimonio il successibile ha ricevuto indirettamente tal vantaggio: dunque ne dee la collazione (confr. Delvincourt, t. II, p. 40, nota 2);

4058. — Può forse scorgersi indiretto vantaggio, suscettivo di dar luogo alla collazione, nella fideiussione del successibile consentita dal suo autore?

Torna indubitato andar dovuta la collazione, se il defunto per effetto di questa fideiussione avesse soddisfatto il debito del suo successibile: la collazione medesima andrebbe dovuta non per avere il defunto dato fideiussione, e, ma per aver pagato! o tale ipotesi ci farebbe soggiacere all'applicazione dell' art. 854 — 770.

La questione, che noi agitiamo, suppone dunque necessariamente che, in tempo della apertura della successione, il debito del successibile non venne soddisfatto; o trattasi conoscere se la fideiussione contratta dal defunto per lui costituisca un vantaggio, che sia tenuto di conferire, ovvero, in altri termini, se debba procurarne la liberazione ai suoi coeredi?

Si è sostenuto non esservi vantaggio da conferire: la fideiussione, si è detto, ha per obbietto la cautela della persona con cui contratta il successibile: l'autore, col garantire il suo successibile, ben lungi dal danneggiarlo alcuna, acquista contro di lui un'azione eventuale, sia di garanzia sia d'indennizzamento; e si è pure invocata in questo senso la decisione della Corte di Caen del 12 termidoro anno X (Collet. Duhamel), avverso di cui venne rigettato il ricorso, su questo capo, dalla Corte di cassazione con arresto del 17 fruttiduro anno XII dietro le uniformi conclusioni di Merlin (*Quist. di dr.*, v. *Trasmissione*,

§ 1; confr. Massè e Vergè sopra Zachariae t. II, p. 403; Troplong, *Delle donaz. e de' test.* t. III, n. 1080).

Non pertanto ci sembra doversi seguitare l'opposto sentimento.

È primamente, rispetto all' autorità de' sn riferiti giudicati e delle conclusioni di Merlin, osserveremo che, nella causa cui si riferiscono, pretendevasi che la fideiussione contratta da una persona verso un terzo, nello interesse di uno de' snoi successibili, non poteva più esser valida, r'impetto allo stesso terzo, dopo la morte del fideiussore, se non sino alla concorrenza della quota ereditaria del debitore garantito: ecco la pretesione eliminata, ed indubitabilmente con sommo fondamento! dappoiché è manifesto la intera eredità rimaner obbligata verso il terzo creditore, per effetto della fideiussione contratta dal defunto; e precisamente per ciò avvisiamo che il successibile garantito debba conferire a' snoi coeredi la liberazione dalla fideiussione stessa.

Da un lato di fatti tal fideiussione era nel tempo stesso un peso pel defunto ed un vantaggio pel successibile, la qual cosa torna manifesta: e quando affermarsi, per disconoscerlo, aver procacciato la cautela del creditore, si riconosca, anche per ciò, aver procacciato anzitutto il vantaggio del debitore; il quale non avrebbe trovato fondi senza tal garanzia, o non avrebbe ottenno dilazione, o forse, sarebbe soggiaciuto incontante a rigorosi provvedimenti!

D' altro lato puossi benissimo supporre come afferma Demante (t. III, n. 487 bis, IV), essersi il defunto sottoposto a cotesto pericolo atteso la quota ereditaria da spettare nella sua eredità al debitore garantito per ristorare gli altri suoi successibili delle conseguenze della sua obbligazione; e però torna giuridico ed equo rilasciarli la quota medesima a condizione di far cessare il pericolo.

1059.— Non pertanto soggiugniamo potere essersi prestata la fideiussione dal defunto, nello interesse dello stesso creditore, anziché nello interesse del debitore.

Ed in vero allora, se il creditore fosse successibile, egli appunto dovrebbe la collazione val dire dovrebbe alla eredità la sua liberazione.

Ed in vero allora, se il creditore fosse successibile, egli appunto dovrebbe la collazione val dire dovrebbe alla eredità la sua liberazione.

La decisione della Corte di Parigi del 21 dicembre 1813 ce ne offre una rilevante applicazione in una specie in cui la fideiussione venne prestata dal padre ad uno de' figli creditore di un altro suo figlio (Belin, *Dev.*, 1844, II, 80; conf. eziandio arresto C. cass. 29 dicembre 1858, Védie, D., 1859, I, 202).

1060.— Finalmente gl' indiretti vantaggi possono emergere, a pro di uno de' successibili, da atti seguiti tra il defunto e lui.

Abbiamo già citato ad esempio la remissione del debito fatta dal defunto al suo successibile: di fatti è manifesto la remissione medesima costituire un indiretto vantaggio, in qualunque modo altronde abbia luogo sia con espressa dichiarazione, sia con la consegna del titolo, sia con simulata quietanza, (art. 1282, 1285 — 1236, 1239, *supra*, n. 956).

1061.— Abbiamo già dimostrato altresì che i prestiti di consumazione, ovvero più generalmente, che tutte le anticipazioni fatte dal defunto per uno de' snoi successibili e nel suo interesse debbano considerarsi come indiretti vantaggi, *supra*, n. 4039.

Ed è noto eziandio affermare altrettanto del semplice prestito ad uso o comodato, nel senso la collazione dell' oggetto prestato doversi fare dal successibile sin dal giorno dell'apertura della successione, non ostante l'art. 1888 — 1760, anche quando il periodo di tempo per cui gli si fece il prestito non fosse ancora terminato (confr. Demante, t. III n. 487 bis, III).

1062.— Ma soprattutto relativamente ai contratti a titolo oneroso, che potettero aver luogo tra il defunto ed uno de' suoi successibili, cotesta tesi degl' indiretti vantaggi addiviene procacida e rilevante.

E, siccome essa campeggia altresì spessissimo in pratica, così il legislatore ha creduto esser necessario rogo'arla in modo speciale.

È questo l'obbietto degl' art. 853 ed 854 — 772 e 773.

L' art. 852 — 771 dichiara, come bentosto ravviseremo (infra, n. 1108), talune spese fatto dal defunto pe' suoi successibili non doversi porre in collazione.

E l' art. 853 dispone:

« Lo stesso ha luogo riguardando agli utili che l'erede ha potuto conseguire da convenzioni fatte col defunto, purché le dette convenzioni non contenessero al momento in cui vennero fatte alcun indiretto vantaggio. »

« Articolo 854: « Non è pure dovuta colla-

» zione alcuna in conseguenza delle società
» contratte senza frode tra il defunto ed uno
» de' suoi eredi, quando le condizioni sieno
» state regolate con un atto autentico ».

I riportati due articoli ad evidenza esprimono lo stesso principio, il che vien dimostrato dalla espressione non è pure, la quale collega ed annoda il secondo al primo.

Di fatti l'art. 854 ha per iscopo di applicare particolarmente alle società il principio applicato all'art. 853 generalmente a tutti i contratti a titolo oneroso; or ora diremo per quali motivi questa special disposizione parve necessaria (*infra*, n. 1056).

1063.—Dal principio espresso co'scritti articoli discendono precisamente le due seguenti conseguenze:

A. Da un lato i contratti a titolo oneroso, son leciti fra una persona ed uno de' suoi successibili; e conseguentemente quando i contratti seguiti in tal guisa siano sinceri, di buona fede, e non ebbero per iscopo allorché vennero formati di conferire un indiretto vantaggio al successibile, debbono produrre fra il suo autore e lui, gli stessi effetti che produrrebbero fra due estranei;

B. D'altro lato, quando i contratti a titolo oneroso tra il defunto ed il suo successibile seguirono per contrario con intendimento di vantaggiare costui nel momento del contratto e con la stessa formazione di questo, il successibile è tenuto a conferire i vantaggi che ne abbia tratti.

Dobbiamo offrire alcuni sviluppiamenti intorno a ciascuna di tali proposizioni.

1064.—A. Primamente affermiamo i contratti a titolo oneroso esser leciti fra una persona ed il suo successibile; e, quando ebbero luogo di buona fede, val dire quando conferiscono al successibile quei soli vantaggi che possono emergere, a suo pro, dalla stessa natura de' contratti, come ne emergerebbero a pro di uno estraneo con cui il defunto li formò, i contratti medesimi producono, tra il successibile ed il suo autore, gli stessi effetti che produrrebbero tra due estranei.

Tanto ad evidenza dimostra l'art. 853 dichiarando non esservi luogo alla collazione degli utili che l'erede potette ritrarne, se i contratti medesimi non racchiudessero alcun indiretto vantaggio quando vennero formati (*ved. pure* art. 854).

L'articolo 177 del progetto del Codice civile dell'anno VIII (della commissione del governo) conteneva pure una di-

sposizione concepita nella seguente guisa:

« Il divieto di vantaggiare l'erede presunto non interdice, fra lui e la persona alla quale debbe succedere, gli atti a titolo oneroso, salvo il caso di frode. » (Fenet, t. II, p. 152.)

Siffatta disposizione non venne conservata in questi termini; ma virtualmente rinviensi negli art. 853 ed 854.

E gli stessi articoli trovansi in perfetta armonia col sommo principio della libertà delle convenzioni dal nostro Codice proclamato, e da cui discende tutti coloro, a' quali la legge non vieta, poter contrattare, comprare o vendere (art. 1123, 1594—1077, 1439).

Or nessuna legge vieta a chicchessia di contrattare con uno de' suoi successibili.

E fuori dubbio con sommo fondamento! arregnachè simigliante divieto, per taluni vantaggi che avrebbe potuto forse produrre, avrebbe offerto i più gravi inconvenienti; o piuttosto sarebbe stato davvero eccessivo e tirannico? di fatti non sarebbe stato forse eccessivo il vietare al padre, nella necessità di vendere un immobile a lui pertinente, forse un immobile di famiglia, di venderlo ad uno de' suoi figli! oppure locarglielo ovvero concludere con uno de' figliuoli, di cui stima la intelligenza e l'attività, un contratto di società per qualche intrapresa da cui ripromettasi notabili guadagni! e se non possa assumerla solo per qual motivo adunque verrebbe egli stretto ad escludere il figliuolo da quei felici eventi di guadagno per accoglierli un estraneo!

Da ultimo osserviamo esservi alcune convenzioni talvolta necessarie fra l'autore ed uno de' suoi successibili. Forse non è necessario, per esempio, che il padre o lo zio renda conto al figliuolo o al nipote, divenuto di maggiore età, e di cui ebbe la tutela? e se esista tra essi una indivisione, come quella della comunione sciolta fra il padre o la madre superstite ed i figliuoli nati dal comune matrimonio, forse la divisione non è tra essi un atto necessario?

Il divieto avrebbe forse dovuto allora distinguere gli uni dagli altri i contratti non necessari da' contratti necessari?

Non pertanto coteste considerazioni, non ostante la loro gravità, non prevalsero dovunque sotto l'impero del nostro antico diritto, e rinviensi anziandio, nella consuetudine di Montargis una disposizione sommamente rigorosa in senso opposto.

L'art. 1 del cap. XV di quella consuetudine dichiarava:

« Padre o madre non possono vantaggiare
» nella loro eredità, uno de' loro figliuoli più
» dell' altro; talchè egli non potranno ven-
» dere, far costituzione di rendita, fittare o lo-
» care i loro predi o parte de' medesimi ad
» uno o più de' propri figliuoli; e se faccia-
» no ciò, gli altri li potranno avere pel prez-
» zo correlativo, se lor piace, ciascuno per
» la propria porzione, rimborsando all' uopo
» il prezzo convenuto che saran tenuti di di-
» chiarare con giuramento; e potranno i det-
» ti figliuoli reputarsi impossessati mercè sif-
» fitta rimborsazione. »

È ben vero cotesta consuetudine esseresin-
golare, e le altre non contenere in genera-
le disposizioni similanti; ma nulladimeno
dispiegavano eziandio, in tali congiunture,
grave diffidenza ed estrema severità.

« Si è mossa più volte, affermava Basnage,
la quistione se i contratti tra il padre ed il
figlio, come la vendita fattagli della propria
casa, possano sussistere in detrimento degli
altri figliuoli? »

E soggiungeva:

« Questi atti son sempre sospetti...; per at-
tribuir vigore a' contratti medesimi e cancella-
re le presunzioni di vantaggi indiretti, che
naturalmente ne discendono, è forza giusti-
ficare un vero impiego fatto del danaro, sia
in pagamento di debiti legittimi, sia in com-
pra di altri stabili...; (su l'art. 434 della
cons. di Normandia.) »

Gli autori del Codice Napoleone dovevano
tanto più preservarsi da ogni eccesso di diffi-
denza all' uopo in quanto che avevano già im-
posto l' obbligo della collazione non solo tra
figliuoli, come nel nostro antico diritto, ma
fra tutti gli eredi, discendenti, ascendenti ed
eziandio collaterali; e conseguentemente se
avessero proibito oppure semplicemente osteg-
giato con troppo ostacoli i contratti fra l' au-
tore ed il suo successibile, tal divieto o tali
ostacoli si sarebbero spinti assai lungi, e quin-
di sarebbero addiventati sempre più esorbitan-
ti (confr. la tesi da noi esposta relativamen-
te a' contratti fra coniugi nel nostro Trattato
del matrimonio e della separazione persona-
le, t. II, n. 257 e seg.).

1065.—Laonde non solo il nostro Codice
non ha vietato i contratti a titolo oneroso fra
una persona ed il suo successibile; ma nep-
pure gli ha sottoposti, in questo caso, a ve-
runa speciale condizione di validità nella for-

ma o diversamente; e la regola generale si è
rimanere, sotto tutti i rapporti, soggetti alle
condizioni del diritto comune.

È ben vero essersi avuto lo intendimento
dapprima di richiederli alcune particolari
condizioni.

Laonde l' art. 650 del progetto di Camba-
cères dichiarava:

« Se trattasi di vendita o prestito, debbesi
» far menzione, nel contratto di vendita o
» nella obbligazione, della destinazione del
» prezzo della cosa venduta o della somma
» prestata.

« Il compratore o il debitore è tenuto di-
» mostrare, mercè di atto, essersi fatto l' in-
» piego io conformità di questa destinazio-
» ne ». (Fenet, t. I, p. 271, 272.)

E similmente l' art. del progetto Jacquemi-
not dichiarava:

« La vendita fatta ad uno de' coeredi dal
» defunto vien considerata come vantaggio
» indiretto sottoposto a collazione se non fac-
» ciasi menzione, nell'atto di vendita, del-
» la destinazione del prezzo della cosa ven-
» duta, e se l'erede non dimostri essersi fat-
» to l' impiego in conformità della destina-
» zione medesima. » Fenet, loc. supra cit.,
p. 425, 426.)

Ben si ravvisa questi progetti riprodurre,
pressappoco, le condizioni che Basnage ci fa
sapere richiedersi un tempo (supra, numero
1064).

Ma gli autori del Codice Napoleone, non
vollero per contrario riprodurle; e conseguen-
temente i contratti a titolo oneroso fra una
persona ed uno de' suoi successibili vanno in
generale sottoposti alle condizioni ordinarie
del diritto comune.

1066.—Non pertanto evvi eccezione re-
lativamente al contratto di società, come di-
chiara l' art. 854.

E primamente, se si dimandasse per qual
motivo il legislatore preoccupossi specialmen-
te di questa particolare specie di contratto,
tornerrebbe agevole il rispondere:

Da un lato cotesto contratto è uno de' più
frequenti;

D' altro lato segnatamente è desso uno di
quelli che meglio e più agevolmente si pre-
stano agl' indiretti vantaggi;

Finalmente perchè in conseguenza di que-
sto duplice motivo, è desso nel tempo me-
desimo uno di quelli che possono dar luogo a
maggiori difficoltà, e che cagionano spesas-
simo, affermava Basnage, *finigi nelle fami-*

ghe (su l' art. 431 della cons. di Normandia.)

1067. — Nulladimeno ciò che bisogna osservare si è il nostro Codice non vietare le società al pari di ogni altra specie di contratto a titolo oneroso fra il succedibile ed il suo autore.

Tutto l'opposto anzi lo permette espressamente come gli altri contratti.

La prova ne discende come già osservammo (supra, n. 1062), dal trovarsi adoperato il vocabolo *pure*, il quale annoda l' art. 854 all' art. 853.

E quando l' art. 854 richiede che le società siensi contratte senza *frode*, esprime ancora, comunque in termini diversi, la stessa condizione imposta dall' art. 853 per tutti i contratti in generale dichiarando: *purché le dette convenzioni non contenessero, al momento in cui vennero fatte, alcun indiretto vantaggio*.

Osservammo innanzi l'espressione con *frode* aver dato luogo a molteplici censure e svariate e contraddittorie interpretazioni:

Alcuni sostenendo riferirsi alla frode fatta alle leggi su la capacità di disporre a titolo gratuito o su la riserva;

Altri pretendendo doversi applicare ad una frode alle regole di equità da presedere alla eguale ripartizione de' guadagni fra socii.

Ma crediamo aver già dimostrato nè gli uni nè gli altri appigliarsi al vero.

E indubitabilmente probabile (e noi incliniamo ad opinar così) esser quella espressione una reminiscenza ancora ed un vestigio, dell' antico sistema delle consuetudini di *conguaglianza* (supra, n. 866).

Ma ciò che ci sembra pure indubitato si è potersi benissimo adagiare al novello sistema del nostro Codice; avvegnacchè debbe intendersi *secundum subjectam materiam*, val dire senza frode alla legge, la quale impone la collazione di tutti i vantaggi che l'erede abbia ricevuti dal defunto, eziandio indirettamente, tranne quando gli vennero fatti a titolo di prelegato ed anteparte (art. 4837-62).

Val dire da ultimo la espressione adoperata nell' art. 854 senza *frode* esser sinonimo delle altre adoperate nell' art. 853: *purché le dette convenzioni non contenessero al momento in cui vennero fatte alcun indiretto vantaggio*.

Dunque sotto questo punto di veduta nulla avvi di speciale per le società.

1068. — Dunque, sotto qual punto di ve-

denta semplicemente l' art. 851 colloca le società fuori il diritto comune de' contratti ordinari?

Ribbiedendovi inoltre la particolar precauzione:

Quando le condizioni sono state regolate con un atto autentico:

Indubitabilmente notevole è siffatto stabilimento: ma è desso il solo onde il contratto di società si distingue, nella subbietta materia, dagli altri contratti.

E per sottomettere la società al bisogno di un atto autentico, avvisiamo essere siale il legislatore precipuamente indotto dal duplice motivo:

Da un lato volle assicurare la certezza della data del contratto di società, ad obbietto d' impedire farsi mercè antidata un atto comprovante una società non esistita, o modificarsi, mercè la surrogazione di un novello atto all' atto anteriore soppresso, le primitive e vere condizioni della società;

D' altro lato volle che le condizioni e le clausole, onde la società venne contratta, possano sempre verificarsi nello stesso atto che dovrebbero esibire ad obbietto precisamente di potersi accertare se la società fu fatta senza *frode*.

1069. — Cotesti motivi son tali che sembra doversi inferirne l'atto autentico, richiesto dall' art. 854, non potersi surrogare da verun atto equivalente.

E, rispetto a noi, effettivamente così divisiamo.

Nulladimeno dobbiamo affermare esser questa controversa quistione, o, a credere di parecchi giureconsulti, l' art. 854 non dovrebbe così rigorosamente interpretare.

1070. — Laonde dapprima si è insegnato l'autenticità richiesta dal nostro articolo potersi supplire; sia mercè la registrazione dell'atto di società, sia segnatamente mercè la pubblicazione e l'affissione dell'atto medesimo, nelle forme stabilite con gli art. 39, 42, 43 e 44 C. con. — 32, 34, 35:

1. A norma dell' art. 39, si è affermato, le società in nome collettivo, o in comunione, possono comprarsi con atti privati del pari che con atti autentici: or questo articolo è generico e non comporta veruna distinzione.

2. Altronde l'atto di società dovette registrarsi prima di venir eseguito; dappoichè in conformità dell' art. 42, un estratto dell'atto medesimo dovette depositarsi, entro il termine di giorni quindici da quello della sua

dala, nella cancelleria del tribunale di commercio per trascriversi sul registro tenuto all' uopo, e rimanere affisso pel corso di tre mesi nella sala di udienza.

3. Finalmente l'estratto debbe contenere non solo i nomi, cognomi, qualità ed abitazioni de' socii, del pari che la menzione dell'epoca in cui la società debba cominciare e di quella in cui debba aver termine: ma, ciò che è ancora più rilevante, sotto il punto di veduta dell'attual quistione, *lo importare dei valori somministrati per azioni o in comandita.*

Dalle quali cose discende la osservanza di colesti formalità eliminare ogni sospetto di indiretto vantaggio, se altronde la stessa natura delle convenzioni sociali non ne offrisse (confr. decis. C. di Montpellier 16 agosto 1838, Rives (cassata, *infra*); Toullier, t. II, n. 437; t. VII, n. 310; Rolland de Villargues, *Rep.* del notar., v. *Collazione nella eredità*, n. 492; Marcadé, art. 854; Vazeille, art. 854, n. 3-4; Poujol, art. 854, num. 2; Taulier, t. III, p. 353; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 815, osserv. 1; Ducaurroy, Bonnier e Ronstain, t. II, n. 746; D. *Rac. alfab.*, v. *Succes.*, n. 1117).

Ma cotesta soluzione ci sembra manifestamente contraria al testo ed a' motivi della legge:

1. Il positivo testo dell' art. 854 richiede, senza veruna distinzione fra le società civili e le società commerciali, per andare l'erede, in questo caso, immune dalla collazione trovarsi le condizioni della società determinate con un atto autentico;

Or l'atto autentico, a norma dell'art. 1317 — 1271, è quello che venne ricevuto dai pubblici ufficiali autorizzati ad attribuirsi la pubblica fede nel luogo in cui fu steso, e con le richieste solennità:

Dunque ogni altro atto diverso dall'atto autentico, in conformità dell' art. 1317, torna insufficiente a sottrarre l'erede all'obbligo della collazione.

E quando invocansi, in senso opposto, le generiche espressioni dell' art. 39 C. com., ci basta il rispondere l' art. 4834 C. Nap. — 4706 neppur richiedeva in generale un atto autentico per le società civili; or ben si ravvisa la generica disposizione del prodotto art. 4834 trovarsi modificata dalla special disposizione dell' art. 854, relativamente alle società civili tra un successibile ed il suo autore; dunque fa di mestieri, e quindi per lo stesso

DEMOLORE, Vol. VIII.

motivo, ammettere la generica disposizione dell' art. 39 C. com. rinvenirsi parimente modificata dall' art. 854 per le società commerciali fra un successibile ed il suo autore.

2. La soluzione da noi oppugnata ci pare contraria così agli essenziali motivi della legge come al suo testo.

Di fatti poco monta l'atto di società in privata scrittura trovarsi registrato; dappoichè non trattasi semplicemente qui di procacciargli data certa, sì bene di prevenirne la soppressione (avverso il qual pericolo la registrazione non costituisce una garanzia), e permettere agl'interessati dimandarne la esibizione per esaminare e studiare, nello stesso atto, le clausole spesso complicate della società.

Quindi poco monta altresì che il contratto di società in privata scrittura venne pubblicato ed affisso, in conformità degli art. 42-44 C. di comm.; dappoichè vien pubblicato ed affisso un estratto dell'atto: or le enunciazioni che l'estratto debbe contenere sarebbero al certo insufficienti per permettere agl'interessati scoprire se le clausole e convenzioni fermate col contratto di società, segnatamente circa la ripartizione de' guadagni e perdite, non abbiano avuto per iscopo e risultamento di procacciare un indiretto vantaggio al successibile a carico del suo autore (confr. arresto C. cass. 26 genn. 1842, Rives, Dev. 1842, I, 114; decis. C. di Parigi 28 dic. 1834, Stolz, Dev., 1835, II, 344; arresti C. 31 dic. 1855, stesse parti, Dev., 1857, I, 200; 31 lug. 1855, Lemaître-Lavotte, Dev., 1855, I, 731; 28 dicembre 1858, Arland, *Gazzetta de' Trib.* del 31 dicembre 1858; e D., 4859, I, 213; Delvincourt, t. II, p. 39, nota 8; Mourlon, *Ripet. scrit.*, t. II, p. 459; Delangle, *delle societ. comm.*, t. II, n. 523; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 320; Massé e Vergé, t. II, p. 407).

4071. — Anzi si è andato più oltre; e Duranton insegna che, nelle società denominate in partecipazione, le cui condizioni non vengono determinate con atto autentico, converrebbe che i coeredi, i quali pretendessero un di loro aver fatto guadagni col defunto, e doverne la collazione, provassero di fatti aver conseguito i guadagni medesimi; e che dovrebbero inoltre provare i guadagni medesimi provenirgli dalla cosa del defunto, o averli conseguiti senza la società.

« A cagion di esempio, dice il nostro dotto collega, se il padre ed il figlio abbiano com-

prato in comune boschi o altre cose per rivenderli; abbiano fatto registrare immediatamente l'atto di compra, o sieno a tre circostanze dimostranti in modo indubitato essere stata effettiva la società..., ec., non si scorgesi come mai potrebbsi togliere all'erede il guadagno che potette conseguire..., quando altronde venisse dimostrato avere il figliuolo i mezzi di somministrare la sua quota del prezzo, e, attesa la industria sua ed il suo lavoro, adoperati nella operazione, la quota attribuitagli nulla offrire di esagerato; quando in somma tutto sia seguito di buona fede... »

E l'onorevole autore conchiude così:

« Dunque tutte queste questioni riduconsi a questioni di buona fede : così statuisce il legislatore con l'art. 853, di cui il susseguente è mera applicazione ad un caso particolare, quello di società » (tomo VII , numero 341.)

Ma a dir vero ciò non torna forse ad evidenza inammissibile !

L'art. 854, il quale è di fatti un' applicazione ad un caso particolare del principio formato con l'art. 853, richiede nondimeno per questo particolar caso una special condizione, cioè un atto autentico.

E così non richiederebbsi semplicemente un atto in privata scrittura registrato : giugnerebbsi sino ad affermare un atto privato, eziandio non registrato, essere sufficiente, se dallo circostanze risultasse la società essersi formata senza frode e non avere avuto per iscopo di vantaggiare indirettamente il successibile.

Allora che mai avviene l'art. 854 ?

Laonde Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, i quali ammettevano testè con Duranton la registrazione, del pari che la trascrizione e l'affissione dell'atto di società, in conformità degli art. 42 e seg. del Cod. di com., equivalere all'atto autentico richiesto con l'art. 854, si dipartono qui da Duranton, divisando l'atto autentico essere indispensabile per le società in partecipazione (tomo II , n. 746).

4072. — Nondimeno dobbiamo soggiungere la opinione di Duranton potere assumere grave importanza, anzi dover trionfare, se si ammettesse la dottrina di parecchi giureconsulti i quali, dopo avere ammesso l'art. 854 richiedere, per tutti i casi, un atto autentico, insegnano cotesto articolo non racchiudendo altronde alcuna speciale sanzione, tutto ciò

che emergerà dalla mancanza di autenticità si è esservi luogo a presumere l'indiretto vantaggio, ma soltanto sino alla prova in contrario : or, si è soggiunto, cotesta prova, la quale potrebbe tornare, è ben vero, spesso malagevole, potrebbe pure sorgere talvolta dalla stessa evidenza de' fatti; come se, per esempio, fosse notorio avere il successibile somministrato una quota sociale, ed avere adoperato la sua industria per gli affari della società; ovvero anche in mancanza di questa notorietà, se esistesse qualche atto, il quale comunque privo della forma autentica, potrebbe almeno servire di principio di prova scritturale, e permettere al magistrato, in conformità degli art. 1347 e 1353 — 1361 e 1367, statuire mercede presunzioni lasciate a' loro lumi ed alla loro prudenza (confr. Demante, t. III, n. 189 bis, II; Mourlon, *Répét. scrit.*, t. II, p. 458; Marcadé, articolo 854).

Ma non sapremmo ammettere cotesta interpretazione al pari delle altre.

Di fatti il testo dell'art. 854 ci sembra positivo, e quando dichiara non esser dovuta collazione alcuna per le società contratte senza frode tra il defunto ed uno de' suoi eredi; quando le condizioni siano state regolate con atto autentico, afferma, assai virtualmente, a creder nostro, esser dovuta la collazione, per contrario, quando le condizioni non ne vennero stabilite con atto autentico. Al certo non intendiam dinotare l'argomento a contrario esser sempre decisivo; ma non potrebbsi negare essere in generale perentorio, quando adduceva l'unica sanzione di una imperativa disposizione: or cotesta sanzione è indispensabile, per potere la disposizione dell'art. 854 raggiungere il suo scopo, il quale fu il permettere agl'interessati disaminare e ragguagliare, nell'atto stesso di società, le condizioni onde venne contratta.

Le interpretazioni da noi oppuguate (sopra, n. 4069 e seg.), e le quali mirano tutte in ultima analisi a permettere di surrogare più o meno facilmente l'autenticità dell'atto mercede taluni equipollenti, ci sembrano dunque contrarie all'art. 854.

Unico mezzo milita a lor poi effettivamente; e cotesto mezzo, il quale solo, a parer nostro, può spiegar come sien sorte al cospetto di un testo similgiante a quello dell'art. 854; si è lo estremo rigore che spesso può offrire in pratica la interpretazione esat-

ta e severamente applicata di quello articolo.

Ma siffatto mezzo non potrebbe prevalere ad una chiara e precisa disposizione, quale ci appare l'art. 854; ed indubitamente il legislatore che così la scrisse credette indispensabile la medesima severità ad oggetto di rimuovere tutte le difficoltà di pruova cui vorrebbe qui lasciare libero campo, e tutte le dissenzioni domestiche che potrebbero conseguirla.

Ed al postutto, se lo parti di fatti intesero contrarre una società seria e sincera, e se il defunto non volle vantaggiare indirettamente il suo successibile, è colpa loro il non avere osservato le formalità imposte dalla legge.

Era già questa la riflessione, che un tempo faceva Basnage precisamente in occasione della questione in disamina.

« Ciò sembra ingiusto in alcuni rincontri, egli diceva, quando il lavoro e la industria del figlio abbiano contribuito all'aumento della cosa più di quelli del padre; e nondimeno non ne ritragga alcun vantaggio; ma ha dovuto conoscere il rigore della legge... » (su l'art. 434 della cons. di Normandia).

Ed è pur questa la riflessione dello stesso Demante, il quale, comunque professi la dottrina da noi oppugnata, riconosce nulladimeno:

« La opposta dottrina nulla offrire di assolutamente iniquo; dappoichè volontariamente le parti, omettendo le disposizioni della legge, si troverebbero esposte a così testo risultamento. » (T. III, n. 489 bis, II).

Non intendiamo neppur disconoscere che se la nostra dottrina nulla racchiude di assolutamente iniquo, non possa, in alcuni casi, tornare sommamente rigorosa; ma ciò che crediamo aver dimostrato si è siffatto rigore provenire dalla stessa legge.

1073. — E per tal motivo appunto ci riuscirebbe malagevole lo appigliarci ancora alla dottrina, in conformità di cui competerebbe al magistrato statuire, avuto riguardo alle circostanze del fatto, che il defunto, il quale contrasse una società col suo successibile, senza essersene stabilito le condizioni con atto autentico, abbia inteso esimerlo dalla stessa società.

Cotesta dottrina venne dapprima applicata dalla Corte di Parigi con decisione del 28 dicembre 1854 (Stoltz-Wattepain, Dev., 1855, II, 344).

E la Corte di cassazione, rigettando il ri-

corso prodotto avverso quella decisione, essa medesima del pari positivamente la sanò (arresto 34 dic. 1855, stesse parti, Dev., 1857 I, 200).

A norma di cotesta dottrina ammettessi la società tra il defunto ed il suo successibile non essere regolare e legale, quando le condizioni non ne furono stabilite con atto autentico e conseguentemente i guadagni emergenti da tale società doversi riguardare indiretti vantaggi, di cui per massima va dovuta la collazione; ed appunto ciò la fa differenziare dalle altre opinioni testè esposte, ed in conformità di cui que' guadagni neppur si dovrebbero considerare come indiretti vantaggi (supra, n. 4070 — 4072).

Ma, secondo questa ultima dottrina il magistrato può rivenire nelle circostanze del fatto la pruova avere inteso il defunto vantaggiare il suo successibile di quei guadagni con esenzione dalla collazione.

Ed i su riferiti giudicati poggiano cotesta dottrina particolare su la dottrina più generale, a norma di cui compete al magistrato quando trattisi di mascherati vantaggi, di far emergere la esenzione dalla collazione dalla circostanza del fatto.

Già testè disaminammo cotesta generica dottrina; e basta il rimetterci alle obiezioni onde essa medesima ci parve inscettiva (supra, n. 564).

Ciò che vogliamo semplicemente qui soggiungere si è che, nella sua applicazione alla nostra ipotesi, ci sembra indubitato mirare essa niente meno che a tor via, in pratica e per la maggior parte de' casi, dall'art. 854 — 773 la condizione di autenticità richiesta (confr. eziandio Zachariae, Aubry e Rau t. V, p. 320).

1074. — A norma dell'art. 1840 — 1742;

« Non può aver luogo veruna società universale eccetto che fra persone capaci di dare o di ricevere scambievolmente l'una dall'altra, ed alle quali non sia vietato vantaggiarsi reciprocamente in pregiudizio dei diritti di altre persone ».

E forse mestieri desumerne cotesto articolo arrecare relativamente alle società universali, una eccezione al principio stabilito con l'art. 854?

È questo il sentimento di Delvincourt:

« Pongasi mente, egli dice, in conformità dell'art. 1840 le società universali con un successibile reputarsi sempre frodolenti. » (T. II, p. 39, nota 7).

E Toullier più esplicitamente ancora esprime nello stesso senso insegnando :

« Per esonerare le società dalla collazione, « l'art. 1840 richiedo non essere universali. » (T. II, n. 477).

Troplong, ha perimente insegnato « l'art. 1840 modificare l'art. 954, e limitarlo con « una eccezione. » (*Del contratto di società*, t. I, n. 305).

Ma a differenza di Delvincourt e di Toullier, Troplong, ha circoscrive ad inferirne esservi luogo semplicemente a riduzione a pro degli eredi riservatarii, se la società universale fu contratta tra il padre ed uno de' suoi figliuoli (n. l. n. 307, 308; agg. Duranton, t. XVII, n. 381).

Dallo quali cose conseguirebbe non esservi luogo a veruna collazione verso gli eredi non riservatarii, se altronde la società universale si fosse contratta tra il defunto ed uno de' suoi eredi, in conformità dell'articolo 854.

Cotesta illazione sarebbe al certo, a parer nostro, la migliore e più saggia.

Ma è dessa mai conciliabile co' termini dell'art. 1840?

Ciò può sembrare più dubbioso.

Di fatti per qual ragione l'art. 1840 ha mai vietato lo società universali fra persone rispettivamente incapaci di donare o ricevere l'una dall'altra, e cui è inibito vantaggiarsi in detrimento di altre persone? la ragione si è averle considerate contenere un mascherato vantaggio: or il mascherato vantaggio va sottoposto a collazione, del pari che a riduzione, tranne quando ne venne espressamente esonerato; e per la stessa ragione aver in legge imposto la collazione de' vantaggi emergenti da una particolare società contratta in frode alla legge della collazione non debbasi forse divisare aver vietato cziandio la società universale presumendola di piccio diritto contratta in frode alla legge della collazione?

Non pertanto confesseremo cotesta illazione, per quanto logica possa sembrare, essere ben lontana dall'appagarci; essendo sommamente esagerata ed eccedendo ad evidenza ogni misura!

Ma ohimè! non è forse lo stesso legislatore che meriterebbe questa taccia? o la colpa non ricadrebbe forse interamente su l'art. 1840?

Tanto dovremo esaminare, nel titolo del *Contratto di società*, quando investigheremo i motivi che ispirarono cotesta disposizione ai

compilatori del nostro Codice; e vi ravviseremo che di fatti preoccuparonsi eccessivamente de' pericoli delle società universali, e che formularono le loro preoccupazioni nel predetto art. 1840, la cui equivoca ed ambigua compilazione giugno ancora verosimilmente al di là di ciò che intendevano fare! (confr. arresto C. cass. 23 giugno 1839 Blanchard, Dev., 1839, I, 51; osservazioni di Massé, h. l.; Duvorgier, della Società, t. I, n. 118, 419).

1075. — Altronde ben si comprende l'art. 854 riguardare le sole società contratte tra il defunto ed uno de' suoi eredi: son queste le espressioni adoperatevi.

Se dunque, per esempio, la società venisse contratta tra il defunto ed uno de' suoi generi, l'art. 854 sarebbe inapplicabile.

Indarno addurrebbesi la frode nel senso dell'art. 854, val dire la frode alla legge su le collazioni!

Indarno addurrebbesi la mancanza di atto autentico!

Imperocchè il genere non è uno degli eredi del suocero.

E se si sostenesse essere di fatti una interposta persona, l'art. 849 offrirebbe avverso tale eccezione un invincibile motivo d'innammissibilità (confr. supra, n. 906; decis. C. di Parigi 28 dic. 1854, Stoltz-Wattepain, Dev. 1855, II, 344; arresto C. cass. 31 dic. 1855, stesse parti, Dev., 1857 t. I, 200).

4076. — Quando la convenzione seguita tra il defunto ed uno de' suoi eredi non offrisse nel momento in cui venne formata, alcun indiretto vantaggio, e, ove trattasi di società, quando le condizioni vennero stabilite con atto autentico, tal convenzione o società debbe, come abbiain detto, produrre tra il defunto ed il suo successibile gli stessi effetti che produrrebbe fra due estranei.

Gli art. 853 ed 854 desumono semplicemente la conseguenza di siffatta regola quando dispongono l'erede non esser tenuto di conferire i guadagni che ne ritrasse.

Altronde tal regola è affatto giuridica ed equa:

In vero da un lato l'erede debbe conferire vantaggi che abbia ricevuti dal defunto; or non già dal defunto ricevette gli utili ed i vantaggi risultanti per lui dalla convenzione a titolo oneroso seguita tra il defunto e lui: l'erede cavò qu' guadagni dalla intelligenza sua, dalla sua industria e da' suoi capitali; ed anche quando avesse il defunto procacciato

al suo erede la congiuntura di conseguirli, sarebbe sempre vero non averli l'erede consegnati in detrimento dello stesso defunto, ma semplicemente per effetto, e, osiam dire, per natural vigore della convenzione: appunto in tal senso dicevasi un tempo coteste specie di vantaggi eccettuarsi dalla collazione per la natura degli atti cui debbono l'esistenza! (confr. Merlin, *Rep. v. Collazione nell'eredità*, § 4, art. 1);

D'altro lato l'erede avrebbe potuto soggiacere a perdita; quindi è giusto potervi consegnare guadagno; e come la perdita, se ne avesse sofferta alcuna, sarebbe ricaduta su di lui, senza veruna azione d'indennizzamento da parte sua avverso i coeredi, così la reciprocità richiede rimanergli il guadagno, senza alcuna azione d'indennizzazione de' coeredi contro di lui.

A cagion di esempio il necessario ha comprovato dal defunto, per 400. 000 fr. un immobile, il quale di fatti valeva pressappoco tal somma.

E poscia, seguita la vendita, il valore dello immobile va ad ascendere al doppio, a 200 000 fr. per effetto di circostanze qualsivogliano.

Diremo essere tanto meglio pel successibile?

Come avremmo detto essere tanto peggio per lui se il valore dello immobile fosse per contrario diminuito di metà.

4077. — Del rimanente poco monta che i guadagni da ritrarre dalla convenzione o dalla società fossero più o meno possibili.

Anzi potrebbesi snporre essere l'affare sì bello e sicuro che i guadagni erano, per così dire, indubitati.

L'erede neppure sarebbe tenuto di conferirli, qualora di fatti i guadagni medesimi non gli vennero attribuiti indirettamente con la convenzione o con la stessa società quando fu contratta.

Gli art. 853 ed 854 non fanno veruna distinzione di tal genere; e torna manifesto ogni distinzione di questo genere essere impraticabile ed impossibile (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 319).

4078. — I su citati articoli nè anche distinguono e neppure potevano distinguere se i guadagni cavati dall'erede dalla sua convenzione o dalla sua società col defunto sieno più o meno importanti.

Per quanto considerevoli si possano supporre, non andrebbero mai soggetti a collazio-

ne per la sola loro importanza, se ne andassero immuni per la origine loro e la loro causa.

4079. — Gli art. 853 ed 854 si circoscrivono a dichiarare l'erede non dovere la collazione de' guadagni da lui ritratti dalle convenzioni medesime.

Ma noi avvisiamo che laddove vogliasi fermare il vero senso di cotesta formola, si scorga dinotarlo l'erede avere diritto di far produrre alla convenzione, rimpetto a' suoi coeredi, tutti gli effetti che avrebbe avuto diritto di farle produrre riguardo al defunto.

Il nostro rimpianto collega, Devilleneuve, manifestò nondimeno, su questo punto, una dottrina affatto opposta alla nostra:

« Il fondamentale pensiero, predominante »
 » in quelle due disposizioni, egli dice (gli » art. 829 ed 843 — 748 e 762), si è ad e- »
 » videnza che, in materia di collazione, il »
 » legislatore moderno, al pari del legislatore »
 » antico, assimiglia interamente la libera- »
 » lità o donazioni del defunto verso l'erede »
 » ed i debiti o obbligazioni dell'erede verso »
 » il defunto; che considera le une al pari de- »
 » gli altri come vantaggi diretti lo indiretti »
 » il cui effetto debba cessare nel momento in »
 » che apresi la successione, e che gli uni »
 » come gli altri vanno sottoposti alla colla- »
 » zione ».

« Di qui sembra discendere che nel mo- »
 » mento in cui sorge tale obbligo della col- »
 » lazione, tutti i contratti sino allora segui- »
 » ti tra il defunto ed il suo erede, mercè di »
 » cui una parte qualsivoglia del patrimonio »
 » del defunto passò all'erede, van riguar- »
 » da: i assoluti o non avvenuti (secondo l'a- »
 » dagio (mors omnia solvit), se i valori che »
 » ne formano l'oggetto ed accrebbero il pa- »
 » trimonio dell'erede, non tornarono al pa- »
 » trimonio del defunto; che allora, e senza »
 » alcuna distinzione, l'erede debba la colla- »
 » zione de' valori medesimi, come di libe- »
 » ralità o vantaggi fattigli, e che trovansi »
 » di meno nel patrimonio del defunto. » (Dev., »
 » 1846, II, 225 c seg.)

Ma cotesta dottrina è a creder nostro, ad evidenza esorbitante; e, poggiandola su l'art. 829, opiniamo il doto raccoglitore di giudicati aver molto esagerato il tenore di quello articolo nel tempo stesso che ci pare aver disconosciuto il testo medesimo degli art. 853 ed 854.

Ciò che emerge dall'art. 829 si è da un lato i debiti doverli porre in collazione dall'ere-

de, in conformità dall' art. 843, quando i debiti medesimi contengono di fatti un vantaggio: quindi d' altro lato, come appresso esporremo (n. 4152 e seg.), eziandio i debiti dell' erede non racchiudenti un vantaggio debbono, quando sieno allora esigibili, andar compresi nella divisione della eredità fra i coeredi; il che rende applicabili anche a queste specie di debiti talune delle regole della collazione.

Ma l' art. 829 non racchiude al certo la idea tutti i contratti a titolo oneroso seguiti, tra il defunto ed uno de' suoi successibili doversi considerare risolti e non avvenuti nel momento dell' apertura della successione!

E gli art. 853 ed 854 manifestamente stabiliscono la regola affatto opposta!

« Non potrebbero forse osservare diceva il consigliere Lasagni, che quante volte il defunto, in vece di esercitare una liberalità verso il figliuolo, contratti con lui, a titolo oneroso, egli e gli eredi suoi debbono, al pari di ogni altro contraente; subirne tutte le conseguenze, ed allora tornano sotto l'impero del diritto comune ». (Dev. 4844; I, 191).

Questo ci sembra essere il vero principio regolatore della suddetta materia (confr. Demante t. III, n. 489 bis, I, e t. IV, n. 56 bis, II; Taulier, t. III, p. 346; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 407).

4080. — Da cotesto fondamentale principio discende la conseguenza l' erede, il quale formò col defunto un contratto a titolo oneroso, poter dedurre contro i suoi coeredi gli stessi mezzi di difesa e liberazione che avverso il defunto medesimo avrebbe potuto dedurre.

Laonde, a cagion di esempio:

4. Può continuare a godere avverso la eredità, del beneficio della d'azione se dovesse pagare al defunto un debito non ancora esigibile (infra, n. 4155 e seg.);

2. Il debito inesigibile produce, verso la eredità, gli stessi interessi che produce avverso il defunto val dire gl'interessi soltanto patteggiati o risultanti dalla natura della convenzione;

3. Il debito inesigibile, nel momento della divisione della eredità, non potrebbe dar luogo, a pro de' suoi coeredi, allo esercizio di verun prelevamento su la sua quota ereditaria (infra, n. 4171);

4. Potrebbe opporre ai suoi coeredi, la remissione fattagli con l' accordo dopo il falli-

mento, come avrebbe potuto opporla allo stesso defunto;

5. Così avverrebbe della prescrizione, onde l' erede avrebbe diritto dal prevalersi avverso la eredità nella stessa guisa onde avrebbe potuto prevalere contro il suo autore.

Siffatte varie deduzioni ci sembrano pienamente ineluttabili.

Ma essendo state alenne di esse energicamente oppanzate, rapidamente ci faremo a ragionarne partitamente ad obbietto di presentarne di tutte pari dimostrazione.

1081. — 4. E dapprima torna evidentissimo dover l' erede continuare a godere, avverso la eredità, della dilazione di cui aveva diritto di godere contro il suo autore per un mutuo ad interesse fattogli da costui, o per ogni altro contratto a titolo oneroso, società, vendita, ecc. seguito tra essi!

Indarno obbietterebbesi l' obbligo della collazione doversi adempiere, in conformità dell' art. 850 — 769, sin dal giorno dell' apertura della successione, (supra, n. 975).

Si l' obbligo della collazione!

Ma precisamente l' erede non va sottoposto qui a verun obbligo di collazione; e puossi affermare gli stessi termini degli art. 853 ed 854 testualmente dimostrare ciò; dappoi- ché lo esimano dal conferir i guadagni cavati da quelle convenzioni: or la dilazione è un vantaggio, un utile pel debitore: minus debetur tempore (Inst. de act., § 33): dunque non potrebbe venir privato di cotesto vantaggio senza violare il testo medesimo de' su riferiti articoli.

4082. — 2. La stessa argomentazione dimostra l' erede poter esser tenuto, verso la eredità, a pagare pel suo debito inesigibile a quei soli interessi che avrebbe dovuto pagar al defunto; talchè, se il debito non dovesse produrre interessi a pro del defunto, prima della scadenza neppur ne produrrebbe a pro della eredità prima della scadenza medesima.

E ben vero in conformità dell' art. 850 — 775, i frutti e gl' interessi delle cose soggette alla collazione esser dovuti dal giorno in cui si aprì la successione.

Ma precisamente tal debito inesigibile, emergente da un contratto a titolo oneroso, fra il defunto e l' erede, non è una cosa soggetta alla collazione, essendone per contrario positivamente ecettuato con gli art. 853 ed 854.

Or qualunque effetto dato a cotesto debito,

oltre quelli emergenti dalla sua causa e dal suo carattere, qualunque effetto, diciamo, che gli si attribuisse a prò della eredità, mentre non l'ebbe a prò del defunto, costituirebbe, comunque si volesse denominare, una vera collazione.

1083. 3. È questa la ragione per cui affermammo altresì cotesto specie di debiti, quando non trovinsi esigibili nel momento della divisione, non poter conferire agli altri successibili diritto ad alcun prelevamento su la quota ereditaria del successibile debitore (ved. all' nopo infra, n. 1171).

1084. — 4. Fu molto ventilata la questione qual sia, relativamente all' obbligo della collazione, l' effetto della remissione consentita o subita dal defunto nell' accordo dopo fallito il successibile debitore (confr. art. 507 e 516 C. com. — 499 e 508).

A cagion di esempio, il successibile che doveva al defunto 100,000 fr. e cui venne fatta la remissione del 50 per 100, è forse nulladimeno tenuto a conferire nella eredità la intera somma di 100,000 fr. ?

Ovvero, per contrario, ne dee la collazione dietro prelevamento dello importare della remissione ?

Tre opinioni son venute in campo :

A. I sostenitori della prima opinione insegnano esser sempre dovuta la collazione della intera somma :

1. Primamente in tal sono invocasi l' autorità del nostro antico diritto: di fatti un tempo era massima indubitata il figliuolo, in simil caso, dover sempre conferire nella eredità la intera somma ricevuta dal padre comune; e, insegnava Pothier, anche senza attendere la scadenza de' termini del contratto (*delle Success.*, cap. IV, art. 41, § 2, ed Introd. al tit. XVII della cons. di Orléans, n. 78; confr. pure Lebrun, lib. III, cap. VI, sez. II, n. 3, Duplessis, *delle success.*, lib. I, cap. III, sez. II; Ferrières su gli art. 304 e seg. della cons. di Parigi, e *Diz. prat.*, v. *Collazione* Brodeau sopra Louet, lettera R, sommario 13).

2. Soggiungesi cotesta massima essere ancora ben fondata sotto l' impero del Codice.

Imperocchè dagli art. 829 ed 843 risulta l' erede dover conferire tutto ciò che abbia ricevuto dal defunto ed a carico del suo patrimonio;

Or suppongasi aver l' erede ricevuto dal defunto 100,000 fr. ;

Dunque debbe conferire 100,000 fr. (con-

fr. decis. C. di Bordò 46 ag. 1837, de Bethmann, D., 1833, II, 457; di Parigi 8 maggio 1833, Farjat, Dev., 1833, II, 514; di Parigi 3 feb. 1818, Boissière, Dev., 1848; II, 421, Merlin, *Rep.*, v. *Collazione nella eredità*, § 3, n. 46, Chabot, art. 843, n. 23; Grenier, *delle Donaz. e de' test.*, t. II, n. 522; Duranton, t. VII, n. 340; Pargol, art. 843, n. 40; Fouet de Confiane, *delle Success.*, p. 431; Labbé, *Rivista pratica di diritto francese*, 1859, t. XIII, p. 487 e seg.).

B. Per contrario, i propugnatori della seconda opinione sembrano insegnare la collazione andar dovuta sol dietro prelevamento dello importare della remissione emergente dall' accordo (confr. Vazeille, art. 843, n. 4; Renouard, *de Fallimenti*, p. 249).

C. Finalmente, in conformità della terza opinione, è uopo distinguere; e la soluzione di tal quistione dipende dalla causa, per effetto di cui il successibile addivenne debitore del defunto;

È dovuta la collazione della intera somma se questa causa fosse gratuita;

È dovuta dietro prelevamento dello importare della remissione, se la causa medesima fosse interessata.

Noi opiniamo esser questa l' unica dottrina ben fondata.

Ciascuna delle opinioni testè esposte può aver fondamento sotto il pnoto di veduta in cui si colloca; ma il torto comune ad entrambe si è il discogliere un punto di veduta troppo esclusivo, e non aver riguardo al carattere delle relazioni per effetto di cui il successibile trovavasi debitore del defunto.

Or precisamente la compiuta soluzione risiede, a parer nostro, nella perfetta disamina di cotesto carattere :

1. Forse il prestito ebbe luogo nello interesse del successibile ?

Non esitiamo ad affermare, co' propugnatori della prima opinione, il successibile doverne sempre conferire la intera somma non ostante la remissione emergente dall' accordo.

A cagion di esempio il padre, vedendo vacillare il eredito del figliuolo commerciante, gli prestò i fondi nella speranza di consolidarlo e recargli salvezza. Quel padre non intese fare un impiego nel proprio interesse: tutto l' opposto! suo malgrado prestò i fondi, conoscendo di avventurarli! ma prestollì al figliuolo, nel costui interesse.

Ebbene! che altro mai è cotesto prestito

se non un vantaggio fatto dal padre indirettamente al figlio, ed il quale conseguentemente, di sua natura, fin dalla origine, andò sottoposto per lo intero alla collazione;

Or se, sin dalla origine e di sua natura ancora, andò sottoposto per lo intero alla collazione, torna impossibile esser cessato di andarvi sottoposto per una parte qualsivoglia, per effetto della remissione emergente dall'accordo; avvegnacchè apparentemente la remissione medesima non muta il primitivo carattere dell'anticipazione ricevuta dal figliuolo: tale anticipazione costituisce sempre, dopo come prima, un vantaggio fattogli dal padre;

Dunque rimane sempre, dopo come prima, sottoposta alla collazione.

Aggiugniamo pure il seguente argomento:

L'accordo non ispeglia i creditori del fallito dalle cautele, privilegi, ipoteche e fidejussioni sul cui appoggio prestarono i loro fondi (art. 508 C. di com. — 500);

Or il defunto, quando prestò i fondi al suo successibile, nel costui interesse, ebbe al ceto in mira la quota ereditaria futura spettante al successibile medesimo nella sua eredità; e divisò gli altri successibili poter venire indennizzati di questa anticipazione mercè prelevamento (arg. dall'art. 830 — 749, supra, n. 4156);

Dunque l'accordo non deve privare di questa cautela gli altri successibili del pari che non toglie a' creditori le loro ordinarie cautele.

Ciò che emergerà dall'accordo si è il successibile, rispetto a' creditori della eredità e de' legatarii, non potersi più considerare come debitore dello importare della remissione: e ciò ci sembra di fatti indubitato; ma, riguardo a' suoi coeredi, siccome è tenuto alla collazione pel motivo l'intero prestito costituire per lui un vantaggio, così debbe ad evidenza rimanere debitore di tutta la somma allo stesso titolo.

II. Per contrario forse nel proprio interesse il defunto fece il prestito al suo successibile?

Allora neppure esitiamo ad affermare, coi propugnatori della seconda opinione, il successibile fallito doverne la collazione dopo prelevato lo importare della remissione emergente dall'accordo.

A cagion di esempio il padre, vedendo l'alta prosperità commerciale del figliuolo, volle egli stesso cavarne profitto, e gli prestò fondi al 6 per 100 di annuo interesse: puossi pur

supporre aver formato con lui alto autentico, aver patteggiato cautele, ecc.

Come mai diverrebbe possibile, in simil caso, di rinvenire una causa all'obbligo della collazione relativamente allo importare della remissione risultante dall'accordo?

La collazione può avere per causa unicamente le donazioni o i debiti; e l'erede può esserne tenuto soltanto come donatario o debitore; (e ancora non sempre più esserne tenuto a questo ultimo titolo);

Or, nella ipotesi in esame, l'erede non fu mai donatario; e cessò di esser debitore;

Dunque non può, in forza di alcuna causa andar sottoposto all'obbligo della collazione.

Affermiamo aver cessato di esser debitore dello importare della remissione emergente dall'accordo: Ciò torna manifesto!

E ciò che è del pari manifesto si è che, cessando di esser debitore, non è addivenuto donatario; avvegnacchè, a differenza della volontaria remissione, questa remissione forzata non costituisce una liberalità; e né anche è da distinguere se il defunto stesso vi abbia consentito, o abbia dovuto soggiacere alla legge della maggioranza (art. 507, 516, 518 C. com. — 430, 439, 441).

Si è obbietato cotesta soluzione poter produrre tra' figliuoli flagranti inequaglianze. Suppongasì, si è detto, che il padre, avendo due figli, prestò a ciascun di essi una egual somma: un de' figliuoli impiega il ricevuto danaro in commerciali speculazioni; l'altro per contrario in speculazioni civili: entrambi falliscono; ma il primo, in qualità di commerciante, vien dichiarato fallito, ed ottiene un accordo, onde gli si fa remissione del 50 per 100; il secondo, sottoposto alle regole della decozione, rimane obbligato ed esposto a' procedimenti de' suoi creditori per tutta la porzione de' suoi debiti, che il prezzo de' beni suoi venduti non ha potuto estinguere. E perciò, in tale stato, muore il padre: forse l'eguaglianza non troverebbesi apertamente violata, se un de' figliuoli fosse obbligato a conferire nella eredità la intera somma da lui ricevuta; mentre l'altro conferirebbe soltanto la metà di questa somma!

Non sapremmo negare ciò che cotesto risultato potrebbe esporre di lamentevole; ma ciò che ci sembra indubitato si è, fluire necessariamente dalle varie regole intorno al fallimento ed alla decozione: di fatti tale inequaglianza apparirà nella stessa guisa quando le due parti si vorranno porre al paragone il de-

tore commerciante ed il debitore non commerciante, del pari che i ereditori dell'altro; e quando potendosi desumere un motivo, nella subbietta materia, per astringere il successibile fallito a conferire lo importare della missione: fittagli con l'accordo, ad obbietto precisamente di efficiarli al successibile dedito, avvisiamo volersi colpire la stessa legge ed il carattere affatto diverso da essa attribuito a ciascuna di tali posizioni.

La soluzione da noi proposta dovrebbe attonde essere la stessa da qualunque causa provenisse il debito del successibile verso il defunto, da prestito ed interesse, da altro contratto a titolo oneroso, da delitto o quasi-delitto, qualora non provenisse da anticipazione nel o interesse del successibile.

E ciò che è uopo riflettere si è la distinzione da noi qui stabilita nulla offrire in sostanza di contrario alla dottrina un tempo professata in assoluti termini da' nostri antichi autori: di fatti un tempo il prestito, essendo sempre gratuito, veniva per tal motivo sempre reputato fatto dal defunto nello interesse dello stesso successibile; ed appunto sotto questa influenza gli antichi giureconsulti risolvettero tal quistione; e che le stesse ragioni che addussero della loro soluzione dimostrano che avrebbero adottato l'odierna distinzione, se avessero dovuto risolvere la quistione in caso di prestito ad interesse fatto al successibile dal defunto per proprio vantaggio.

Non pertanto il nostro onorevole collega Labbé ha preteso esser cotesta distinzione sottile ed antilogica. A creder suo nullamento essersi fatto il prestito al successibile nello interesse proprio o nello interesse del defunto! il prestito, egli dice, sarà mai per la sorte una donazione? non mai! Il prestito ha sempre per causa la sorte principale, ricevuta dal successibile mutuario e che è in obbligo di conferire; dunque il successibile ne dee sempre la collazione negli stessi casi e nella stessa guisa (*Revista pratica di diritto francese loc. sup. cit.*)

Ma cotesta obiezione ci sembra avere il torto di disconoscere un'altra distinzione indubitissima! la quale serve precisamente di base alla nostra; intendiam parlare della distinzione fra *contratti di beneficenza ed i contratti a titolo oneroso* (art. 1105—1106—1059 — 1060): di fatti forse il prestito non può assumere, secondo i casi, ora l'uno, ora l'altro di questi caratteri? ad evidenza sì; e ciò basta per trovarsi la nostra distinzione

ne recisamente giustificata (*supra* numero 325).

Indubbiamente il prestito, qualunque sia, gratuito o ad interesse, ha sempre per obbietto, e per causa la forma ricevuta dal successibile mutuario, e che è in obbligo di restituire.

Ma non ho conseguita nemmeno l'ampiezza e le conseguenze di siffatto obbligo di restituzione non potere esser varie, secondo che il prestito costituisca un contratto di beneficenza o un contratto a titolo oneroso.

Dunque avvisiamo che, per istituire in qual modo il successibile, il quale ricevette una somma dal defunto, sarà obbligato a restituirla, torna sommamente logico ed onnino a' principi il considerare in qual modo lo stesso defunto intese esservi obbligato il successibile.

Or, fermata cotesta premessa, e ci sembra malagevole il non ammetterla, di necessità giugnasi alla distinzione fra il prestito gratuito ed il prestito ad interesse: il primo, contratto di beneficenza da riguardarsi racchiudere un vantaggio da conferire; il secondo, contratto a titolo oneroso, il quale per contrario trovasi esonerato dalla osservanza delle regole della collazione.

Nel leggere l'interessante studio fatto da Labbé intorno alla collazione de' debiti, siamo rimasti meravigliati della compiuta omissione dal nostro docto collega insciavati dagli art. 853 ed 854: non pertanto quegli articoli debbono, a parer nostro, rappresentare una considerevole parte in cotesta tesi della collazione de' debiti, come ben presto dimostreremo. E di fatti su gli art. 853 ed 854 ravvicinati agli art. 829 ed 843 abbiain poggiate la nostra distinzione. Per contrario Labbé non vi ha il menomo riguardo; dappoichè insegna che la sua soluzione sarebbe la stessa, se il debito dell'erede, in vece di provenire da un prestito, provenisse da ogni altro contratto a titolo oneroso, per esempio da vendita seguita tra il defunto e l'erede; val dire che applicherebbe a tali specie di debiti le regole ordinarie della collazione (*Loc. Supra cit. n. 8, p. 504.*)

In ciò crediamo in vero il nostro onorevole collega rimaner fido al suo principio ed esser conseguente a sè stesso.

Ma allora che mai addivengono gli articoli 853 ed 854, i quali esonerano precisamente tali specie di debiti dalla collazione?

Dunque nostra conclusione si è doversi

attenere alla distinzione da noi suggerita (confr. decis. C. di Brussell 7 fiorile anno IX, Madood, Dev. e Car., *Coll. nuova*, I, II, 23; di Parigi 13 ag. 1839, Guézin de Foncin, Dev., 1839, II, 531; arresto C. cass. 22 ag. 1842, Valenau, Dev. 1844, I, 186; decis. C. di Parigi 21 dicembre 1843, Belin, Dev. 1844, II, 80; arresti C. cass. 2 gen. 1850, Lemoine — Desmares, D. 1854, V, v. *Collazione nella eredità*, n. 8; 17 apr. 1850, Thibat, Dev., 1859, I, 540, il rapporto del consigliere Lasagni, Dev., 1844, I, 1844, I, 186; Demante, t. III, n. 487 bis XII; Pont, *Ricista di Legist.* di Wolwski, 1844, t. III, p. 610, 644; Troplong, *delle Donaz. e de' test.* t. II, n. 961—963; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 317—318; Massé e Vergé, t. II, p. 414—442).

1085. — 5.° La stessa distinzione ci sembra doversi applicare, pe' medesimi motivi, alla questione se l'erede, debitore verso il defunto, possa opporre alla eredità la presunzione che avrebbe potuto opporre allo stesso defunto.

Conseguentemente, se la causa del debito del successibile verso il defunto fosse gratuita, non potrebbe prevalersi della prescrizione verso i suoi coeredi, fu sempre sottoposto, condizionalmente è vero, ma sempre, ad un obbligo di collazione: or la prescrizione non potrebbe estinguere tale obbligazione, precisamente perchè è condizionale, e la condizione, dalla quale soltanto può nascere, avverarsi in tempo dell'apertura della successione (supra, n. 326; decis. C. di Amiens 17 marzo 1853, Gandon, Dev., 1855, II, 402).

Se per contrario il debito del successibile verso il defunto non avesse una cosa gratuita, se procedesse, per esempio, da prestito ad interesse fatto dal defunto per proprio vantaggio, o ad altro contratto a titolo oneroso, ovvero da delitto o quasi-delitto commesso verso il defunto dal successibile, costui potrebbe opporre alla eredità la prescrizione che avrebbe potuto opporre al defunto.

Diciamo che avrebbe potuto opporre al defunto, dappoichè supponiamo la prescrizione trovarsi compiuta prima dell'apertura della successione: di fatti non converrebbe, a parer nostro, giungere sino ad affermare, come fece la Corte di Grenoble (decis. 14 ag. 1844 Laroche, Dev., 1846, II, 229), che la prescrizione non incorra prima della morte del comune autore, proseguirebbe a decorrere contro la sua eredità (infra, n.° 465).

Ma, trovandosi incorsa la prescrizione medesima, aveva prodotto a pro del successibile un mezzo di liberazione, che ha diritto di opporre a' suoi coeredi, del pari che avrebbe potuto opporre al defunto.

Tutto ciò che i suoi coeredi potrebbero fare sarebbe il deferirgli il giuramento, come lo stesso defunto avrebbe potuto deferirlo, se la invocata prescrizione fosse di quelle rispetto a cui i pretesi debitori possono essere tenuti a dichiarare con giuramento non essere più debitori (confr. art. 189 C. com.; 2275 C. Nap. — 2184).

Indarno opporrebbero la remissione del debito andar sottoposta alla collazione e la prescrizione aver per fondamento una prescrizione di remissione tacita del debito fatta dal creditore al debitore.

Basterebbe il rispondere: 1.° che la prescrizione ha per causa non solo una presunzione di remissione tacita; ma eziandio e soprattutto, sia una pena inflitta alla negligenza del creditore, sia una presunzione di pagamento, di cui il debitore non possa più, dopo sì lungo tempo, esibire la prova; 2.° che, qualunque sia altronde la filosofica base della prescrizione, il suo effetto legale, unico sabbietto di cui siavi luogo qui a trattare, si è il procacciare la liberazione del debitore (art. 2219, 2262 — 2126, 2169; confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 318; Maffé e Vergé, t. II, p. 403, 404).

La opposta soluzione venne sancita con decisione della Corte di Parigi del 6 mag. 1846 (Gubian, Dev., 1846, II, 229), con somma abilità difesa da Devilleneuve (h. l., *Osservazioni*, I); ma crediamo aver già dimostrato la dottrina del nostro onorando collega osteggiare i medesimi testi degli art. 853 ed 854 ed i veri principii della materia (supra, n. 379, 380).

1086. — Eziandio mercè della stessa distinzione, che ci serve qui di guida, vi sarebbe luogo a risolvere, a parer nostro, la questione se il successibile, cui il defunto abbia dato un capitale con l'obbligo di pagare una rendita perpetua, sia tenuto a conferire nella eredità lo stesso capitale, o possa pretendere doverlo semplicemente pagare le annuità maturate (ved. art. 1909 — 1781).

Sotto l'impero dell'antico diritto Pothier risolveva la questione nella seguente guisa:

« Si è spinto tanto oltre, egli diceva, il rigore delle collazioni, che si è astretto il figliuolo alla collazione non solo delle som-

« me donategli, ma eziandio di quelle pre-
« stategli, di quelle ricevute da lui per mez-
« zo di costituzione di rendita costituita al
« padre o alla madre sua: si è creduto esser
« questo un indiretto vantaggio, se il padre
« facesse così passare il suo danaro ad uno
« de' figliuoli, mentre gli altri avrebbero in
« vece un semplice credito o una semplice
« rendita avverso il fratello. » (Agg. Introd.
al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 78).

Era pur questo il sentimento di Lebrun, il
quale invoca una decisione uniforme del 28
giugno 1614 (lib. III, cap. VI, sez. II, n.° 2;
agg. Bourion, *Diritto com. della Francia*, tit.
XVII, 2 part., cap. VI, sez. IV, n. 48).

La stessa dottrina venne insegnata in mo-
do assoluto, sotto l'impero del Codice, da più
giureconsulti (confr. Delvincourt, t. II, p. 40
nota 4; Chabot, art. 843, n. 23).

Mentre altri in modo non meno assoluto
insegnano per contrario oggi: « In caso di
« costituzione di rendita l'erede debitore
« delle annualità non verrà astretto a confe-
« rire il capitale, o in altri termini a riscat-
« tare la rendita. » (Confr. Ducaurroy, Bon-
nier e Roussing, t. II, n.° 715.)

Rispetto a noi, avvisiamo essere uopo di-
stinguere :

La costituzione di rendita venne forse fatta
dal defunto nello interesse del successibile ?
Pare a noi, come a' propugnatori della prima
opinione, essere il successibile tenuto a con-
ferire il capitale : il termine indefinito, ri-
sultante da questo genere di prestito, è al-
certo un vantaggio da porre in collazione :
siamo rimasti pur convinti altronde dalla ra-
gione esser mestieri preservarsi dallo incon-
veniente che uno degli eredi abbia il capitale
dal comune autore, mentre gli altri verreb-
bero ridotti a conseguire una semplice rendita;
ed opiniamo doversi generalmente inclinare
a statuire la costituzione di rendita aver avu-
to luogo nello interesse del successibile : di
fatti tutto annunzierebbe così nel caso in cui
il successibile abbisognasse di danaro quando
ebbe luogo, segnatamente se le annualità della
rendita fossero poco elevate, se l'atto di
costituzione fosse semplicemente in privata
scrittura, se l'autore non avesse patteggiato
alcune garanzie. ec.

Ma se per contrario venisse riconosciuto la
costituzione di rendita essersi fatta dal de-
funto nel proprio interesse, come se, per
esempio, fosse notorio che il successibile non
abbisognasse di contante, se la tassa delle an-

nnualità fosse elevata, se la costituzione avesse
avuto luogo per atto nolare, se si trovasse
garantita da cautele, se il defunto avesse pat-
teggiato il riscatto non potersi fare prima di
un termine prefisso (art. 4911 — 4783), ec.
avviseremmo co' propugnatori della seconda
opinione che il successibile avrebbe diritto di
attenersi al suo contratto tal quale venne con-
chiuso col defunto.

Non pertanto dobbiamo convenire la no-
stra distinzione, applicata alla costituzione di
rendita, andare incontro ad una speciale ob-
biezione di alquanto grave importanza: di fat-
ti il precipuo mezzo, il quale, ne' prestiti ordi-
nari, serve a distinguere se abbiano avuto
luogo pel vantaggio dello stesso successibile
o pel vantaggio del defunto, nel distinguere
se il prestito sia ad interesse o senza : or la
costituzione di rendita implica di necessità
un prestito ad interesse : dunque manca qui
il mezzo, mercè di cui la distinzione può in
certa guisa aver vigore : dunque, potrebbesi
affermare, in questo caso potere aver luogo
soltanto l'una o l'altra delle due estreme opi-
nioni.

Nulladimeno non avvisiamo così.

Già osservammo la stipulazione degl' inter-
essi non costituire sempre la prova non
essersi fatto il prestito nello interesse del suc-
cessibile (*supra*, n. 3567; forse di fatti non
è possibile che il defunto, anche quando an-
ticipi i suoi fondi al successibile nello inte-
resse di costui, non possa astenersi assoluta-
mente dal percepire ogni interesse, e che sia-
gli indispensabile per vivere il patteggiare un
interesse qualsivoglia ?

Ebbene ! Se in fatto ammettasi così avve-
nire, affermiamo potersi pretendere la colla-
zione del capitale.

Per contrario se ammettasi la costituzione
di rendita avere avuto luogo nello interesse
dello stesso defunto, non avvisiamo potersi
astringere il successibile a dipartirsi dagli ef-
fetti del contratto.

Di fatti è da osservare che Pothier, sin dal
tempo suo, pareva considerare eccessiva la
soluzione, la quale, in tutti i casi, astringeva
il successibile alla collazione del capitale della
rendita: si è spinto tanto oltre, egli dice-
va, il rigore della collazione, ec.: or tal rigore
verrebbe ancora spinto oggidì molto più
lunghi, se ammettessimo l'antica dottrina in
assoluto modo; dappoichè oggidì non solo tra i
figliuoli ha luogo l'obbligo della collazione, ma
fra tutti gli eredi qualsivogliano (*supra*, n. 364).

Altrove la rendita perpetua può essersi costituita non mediante un capitale, ma per prezzo della vendita di un immobile; ed in questo caso dovrebbero forse astringere l'erede compratore a conferire l'immobile? non avvisiamo così (ag. dall'art. 948 — 834; arresto C. cass. 12 nov. 1827, Leprestre, D., 1828, I, 46; Troplong, *Delle donaz. e de'test.*, t. II, n. 838.)

Or se avviene così di una rendita costituita per prezzo della vendita di un immobile per qual motivo avverrebbe diversamente della rendita costituita medesima essersi costituita a titolo oneroso dal defunto proprio e per proprio vantaggio?

1087. — B. Ma per contrario quando i contratti a titolo oneroso fra il defunto ed il suo successibile abbiano avuto luogo con intendimento di vantaggio costui nel momento del contratto e mercè la stessa stipulazione del contratto, il successibile è tenuto di conferire i vantaggi da lui ritrattino (*supra*, n. 363).

Di fatti allora torna manifesto il successibile avere indirettamente ricevuto questi vantaggi dallo stesso defunto; ed allora sorge la necessità di applicare l'art. 843.

1088. — Altrove non è da distinguere se i vantaggi contenuti nel contratto a titolo oneroso fra il defunto ed uno de' suoi eredi sieno patenti o mascherati.

E per tal ragione gli art. 853 ed 854 sono, come già osservammo, sotto tutti i rapporti, non suscettivi di spiegazione nella dottrina, i cui propugnatori pretendono il mascheramento della libertà, sotto la veste di contratto a titolo oneroso, trar seco virtualmente la esecuzione della collazione.

Di fatti si è osservato a quali stracchiate e veramente inattendibili spiegazioni trovasi qui ridotta cotesta dottrina (*supra*, n. 367).

E quando i suoi propugnatori, per esempio, pretesero gli art. 853 essere applicabili a soli vantaggi provenienti apertamente da contratti a titolo oneroso fra il defunto ed uno de' suoi successibili (Zschariae, Aubry e Rau, t. V, p. 349), ci sembra indubitato avere egliano affatto disconosciuto, sia il testo di questi articoli, sia la stessa realtà più ordinaria de' fatti:

1. In vero l'art. 853 dichiara sottoposti alla collazione i lucri emergenti dalle convenzioni racchiudenti un indiretto vantaggio, senza distinguere nuovamente se tal vantaggio indiretto sia patente o mascherato; e l'art. 854, nel quale trovasi adoperata la espres-

sione senza frode, dimostra ezisndio pivamente il vantaggio indiretto mascherato non andare immune dall'obbligo della collazione del vantaggio indiretto patente.

2. È manifesto spessissimo in fatto marati vantaggi emergere indirettamente convenzioni a titolo oneroso concluse dal defunto ed uno de' suoi eredi; come, per esempio, quando il defunto abbia venduto una casa al suo successibile, ed il contratto contenga quietanza del prezzo; o quando abbia fatto con lui una società, ed il contratto provi esservi posta una quota dal successibile; mentre fosse dimostrato il successore avere in quella epoca alcun mezzo per pagare il prezzo della vendita somministrare la quota sociale.

1089. — In quali casi potasssi pretendere la convenzione o la società, seguita tra il defunto ed uno de' suoi eredi, racchiuderà indiretto vantaggio quando venne formato?

E questa ad evidenza una questione di fatto la quale può unicamente risolversi in conformità delle circostanze particolari di ciascuna specie.

Nondimeno ciò che dobbiamo affermare per tesi generale, si è esser necessario il vantaggio che vogliasi far dichiarare sottoposto alla collazione avere una determinata importanza relativa, e non essere siffattamente modico da eliminare ogni intenzione di liberalità; dacchè non sarebbe nemmeno verosimile che il defunto formato un contratto a titolo oneroso, avere, per esempio, venduto la sua casa, per procacciare al minore vantaggi suo successibile!

E, in questa disamina, crediamo che venga avere principalmente riguardo alle seguenti considerazioni:

Da un lato, essendosi permessi i contratti a titolo oneroso fra il successibile ed il suo defunto, sonosi dovute, per la stessa ragione, mettere le conseguenze naturali ed ordinarie di queste specie di contratti: or una delle naturali ed ordinarie conseguenze o piuttosto la più inevitabile conseguenza di tali contratti si è quasi sempre una certa ineguaglianza più o meno grave, ne' vantaggi che ne escono per ciascuna delle parti, da cui nasce, trarre quindi miglior partito dell'altra; perchè una sarà stata più carente dell'altra, sia perchè la proporzione del valore comperato de' vari oggetti, cui le obbligazioni possono applicarsi, torna impossibile a determinare in modo riguroso e geometrico;

E d' altro lato, se è importante il sottoporre alla legge della collazione tutti i vantaggi effettivi e veri, non è meno essenziale il non rendere impossibili le convenzioni fra l'antore ed uno de' suoi successibili, fra il padre o la madre ed uno de' figliuoli; or dovrebbero al certo attendere questo risultamento, se si permettessero dimande di collazione, pe' vantaggi, eziandio modici, del successibile cavati dall' a convenzione, e simigliante sistema offrirebbe inoltre il grave pericolo di provocare investigazioni quasi sempre ispirate da sentimenti di gelosia e di cupidigia in grave detrimento della tranquillità delle famiglie!

1010. — A cagion di esempio, una vendita venne fatta dal defunto ad uno de' suoi eredi.

In quali casi potassi affermare racchiudere essa, quando venne conclusa, un indiretto vantaggio?

Intorno a tal quistione Lebrun ragionava così:

« Evvi luogo a dubitare che il menomo guadagno che il figlio possa ritrarre dalla vendita fattagli dal padre vada sottoposto alla collazione; dappoichè, se il figlio fosse soggiaciuto a perdita, la cosa sarebbe stata per lui irrevocabile;

« E se le leggi permettono agli estranei comprare a vil prezzo ed ingannare i venditori, purchè la lesione non sia enorme ed oltre la metà del giusto prezzo, per qual motivo il padre, il quale abbisognerà di danaro, non potrà procacciare utile al figlio nella vendita che sarebbe astretto a fare ad un estraneo? ... » (lib. III, cap. VI, sez. III, n. 7).

Nondimeno dobbiamo astenerci dallo inferire da questo luogo di Lebrun andar dovuta la collazione dal successibile sol quando il vantaggio da lui cavato dalla vendita fattagli dal suo autore costituisse una lesione enorme in detrimento di costui, una di quelle lesioni (maggiore de' sette dodicesimi), per esempio, che sarebbe necessaria, se si trattasse della vendita di un immobile; per autorizzare il venditore a dimandarne la rescissione per causa di lesione (art. 1674 — 1520).

No al certo! e neppur tale si era il divisamento dello stesso Lebrun; dappoichè soggiugne la seguente conclusione:

« Laonde il figliuolo che compri dal padre un fondo *alquanto a buon prezzo* non reputasi, per tal circostanza, donatario del padre, ma è unicamente vero lo affermare aver conseguito risparmio dal padre » (*loc. supra cit.*).

E questa la esatta misura della regola, val

dire che cotesta regola risiede unicamente in una quistion di fatto, cioè:

Il vantaggio indiretto, racchiso nella convenzione, quando veone formata, è forse relativamente abbastanza notevole: 1.° perchè possa presumere essersi fatto a bella posta dal defunto al suo successibile; 2.° perchè valga, se lico così esprimerci, la pena di richiederse la collazione?

E per risolvere tal quistione, ove trattisi di vendita, si dovrà considerare il valore della cosa, nel momento in cui si fece la vendita; ricorrere all' uopo, se vi sia luogo, a perizia; investigare eziandio, per esempio, se nel momento della vendita altre persone avessero asserito al defunto un prezzo eguale o maggiore di quello pagato dal successibile, ec. (*confr. Delvincourt, t. II, p. 40, nota 2; Chabot, art. 843, n. 24; Duranton, t. VII, n. 335, 336; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 349.*)

1091. — Similmente, se trattisi di società seguita fra il defunto ed uno degli eredi, si dovranno esaminare le varie clausole della operazione:

Le quote da conferire erano forse eguali?

E, in caso d' ineguaglianza nelle quote, come se l' erede avesse conferito una quota minor di quella del defunto, erasi forse convenuto, prima della divisione, le quote doversi prelevare da ambe le parti? ovvero per contrario le quote, comunque ineguali, doversi egualmente dividere al pari de' guadagni?

Ed eziandio nel caso in cui si fosse convenuto che il successibile, non ostante la ineguaglianza della sua quota, avrebbe sempre diritto alla divisione eguale di tutto l' attivo sociale, il successibile non abbia compensato tale ineguaglianza della sua quota in danaro o in altri beni, col conferire nella società il tempo suo, la sua industria o qualche credito speciale di cui godeva, e che doveva esser uno degli elementi di successo della società ec. (*confr. art. 1833 — 1705.*)

Tutte queste circostanze e le altre ancora che i fatti particolari potrebbero offrire, si dovrebbero ravvicinare e raffrontare.

1092. — Dovrassi altresì particolarmente, se trattisi di locazione e segnatamente di fitto di stabili, consentito dal defunto ad uno dei suoi successibili, richiedere, per venire ammessa la dimanda degli altri eredi, che la locazione medesima offrisse, a pro del successibile, un abbastanza notevole vantaggio.

Di fatti il defunto potette desiderare, nel proprio interesse, di locare e principalmente

fitato la cosa sua ad uno de' suoi successibili, soprattutto ad uno de' suoi figliuoli, e anzi ad uno estraneo: oltre che la scelta di simile conduttore, sì ad evedeoza interessato esso medesimo alla conservazione ed al miglioramento della cosa, offre speciali garantte, neppure era pel defunto, pel padre segnatamente, na medioere vantaggio tenere presso di lui uno de' suoi successibili, uno de' suoi figliuoli; da cui poteva atteodere cure e servizi, che un estraneo non gli avrebbe renduti.

E queste varie considerazioni debbono tanto più venire ammesse in quanto che la collazione, al postutto, racchiude un semplice temporaneo abbandono di godimento.

Anzi dovremo ben presto disaminare, sotto questo punto di veduta, se si dovessero sottoporre alla collazione i vantaggi ritratti dal successibile, durante la vita del suo autore, dalla differenza fra lo importare della mercede o dello estagio da lui pagato ed il giusto prezzo per cui avrebbero potuto i beni medesimi veoir locati o fittati altrui (*infra*, n. 445).

1093. — Quando la convenzione offriva un indiretto vantaggio nel momento in cui venne formata, l'obbligo della collazione, che ne emerge, ha forse per effetto di annientare la intera convenzione, che dovrebbe quindi considerarsi non avvenuta?

Ovvero per contrario, mantenendosi la stessa convenzione,ervi luogo alla sola prelevazione dell'indiretto vantaggio, che procacciò al successibile?

Il Codice non ha esplicitamente risoluto tal quistione.

In vero ciò che gli art. 853 ed 854 statuiscano semplicemente si è, che l'erede potette ritrarre non doverci conferire, non doverci la collazione, se le convenzioni non offrirono alcun indiretto vantaggio quando vennero formate.

Di qui indubitatamente discende a contrario che se le convenzioni offrirono un indiretto vantaggio, quando vennero formate, gli utili debbono conferirsi... ed è dovuta la collazione.

Ma in che mai consiste la collazione medesima?

Gli articoli in disamina sono silcoziosi sul punto; ed il vero si è potere egualmente sorreggere l'uno o l'altra di queste due soluzioni:

Sia che la intera convenzione si troverà annientata per effetto della collazione;

Sia che, mantenendosi la convenzione, il

vantaggio indiretto ritratto e dall'erede solo venir conferito.

Ed opiniamo che il legislatore, astenuto dal fermare qui una regola assoluta, a ha disvelato esperienza e saggezza.

Di fatti è manifesto la soluzione di specie di quistioni andare, innanzi tutt'ordinate alle circostanze del fatto, al portanza relativamente più o men consvole del vantaggio, che l'erede cavò convenzione, alla intenzione sopratnti principalmente ebbero le parti, e che i la sempre consultare per valutare esattamente il vero carattere della operazione d fatta.

Sotto questo ultimo punto di veduta viene, a creder nostro, aver grate rig alla qualificazione, che le stesse parti d alla loro operazione; ed aggiugnereimo Demante (t. III, n. 489 bis 4), che do in generale inclinano ad averne sommsiderazione, e mantenere la convenzione stringendo semplicemente l'erede alla zione del vantaggio che ne conseguì, a annullare la convenzione medesima; d chè, al postutto, le parti aveao dir formare tra esse quella convenzione; e c precisamente importa si è uno de' succoon impinguarsi in detrimento degli al

Ciò che puossi affermare per regola ale si è esser mestieri in tali circostanz: si ad investigare se l'indiretto vantaggio seguito dall'erede dalla convenzione formata col defunto, veono semplice cavato da lui, io occasione della coove medesima, la quale avrebbe altronde causa e le proprie condizioni di esisten il cui indiretto vantaggio costituirei mero incidente, incidens in contractu vero per contrario se precisamente il v. gio indiretto fu la causa determinant stessa convenzione *dans causam contr*

È manifesto che, nel primo caso, l. veazione in generale dovrebbe mante e per contrario dovrebbe in generale annullata nel secondo caso.

Finalmente noadimmo, nell'applic ed in pratica, tutto ciò degenera quist specie.

Laonde questa sorta di cause vengono sempre supremamente decise dal g del fatto, senza potere le sue decisioni cassate (conf. arresti C. cass. 14 ag. Lamarthonic, D. 1833, I, 395; 20 marz Lebas. Dev., 1843, I, 451).

1094. — Quindi, per esempio, si è mossa la questione: qual dovesse essere l'oggetto della collazione, quando il defunto vendette, per un prezzo minore del vero suo valore, un immobile ad uno de' suoi successibili?

Il vantaggio cadeva forse su lo stesso immobile? in questo caso di fatti l'immobile medesimo andava sottoposto a collazione;

Esso cadeva forse su la differenza tra il prezzo della vendita ed il vero prezzo dell'immobile? in tal caso vi sarebbe luogo alla collazione di questa sola differenza.

È manifestu esservi luogo alla sola collazione del prezzo, se la vendita essendosi fatta dapprima sinceramente, e per un prezzo eguale o pressappoco eguale al valore dell'immobile, unicamente dopo, e a intervallo, come dice Pothier, il defunto avesse fatto remissione del prezzo in tutto o in parte al suo successibile: in vece allora troverebbesi donato il prezzo e non l'immobile (confr. Pothier, *Delle donazioni tra vivi*, sez. III, art. 5, Duranton, t. VII, n. 397).

1095. — Tornerebbe ancora indubitato, a parer nostro, esservi luogo soltanto alla collazione del prezzo, se si trattasse d'immobile comprato da un terzo dal defunto, in nome e per conto del suo successibile, nel caso in cui costui avesse ratificato tale acquisto fatto in nome suo.

Anzi Pothier sembra insegnare la collazione non esser mai dovuta, in simil caso, tranne del prezzo, senza preoccuparsi della questione se il successibile abbia ratificato, in qualche modo, mentre viveva il suo autore, l'acquisto fatto da costui in suo nome (*Delle success.*, cap. IV, art. 14, § 2).

E tale sembrava essere eziandio il sentimento di Lebrun (lib. III, cap. VI sez. III, n. 15).

Ma tal dottrina sarebbe, a veder nostro, troppo assoluta; dappoichè l'immobile non potrebbe acquistarsi dal successibile senza il suo consenso, eccetto quando trattisi della ipotesi particolare di un tutore, che avesse fatto un acquisto in nome del minore; ma, per massima generale, la proprietà dell'immobile non avrebbesi potuto acquistare dal successibile se non quando risultasse dalle circostanze del fatto avervi consentito lo stesso successibile (confr. arresto C. cass. 20 marzo 1843, Lebas, Dev., 1843, I, 451; Duranton, t. VII, n. 394).

1096. — Ma l'ipotesi, in cui la difficoltà può tornare più grave, è quella in cui il de-

funto abbia venduto l'immobile al successibile per un prezzo minore del suo effettivo valore.

Laonde tre varie opinioni eran sorte fra' romani giuriconsulti, in una ipotesi analoga, quella in cui il marito avesse fatto alla moglie una vendita a vil prezzo; ed avesse così conferito un vantaggio in dispregio della legge che inibiva in Roma i vantaggi fra coniugi.

Giuliano, il quale apparteneva alla scuola del Sabiniani, sosteneva esser la vendita assolutamente nulla: *nulius esse momenti* (l. 5, § 5) *De donat. inter vir. et uxor.*

Nerazio, il quale apparteneva alla scuola de' Proculiani, distingueva, secondo il *genio di coloro che appartenevano a quella scuola* come afferma Pothier, con quale intendimento avesse agito il marito: dichiarava pure nulla la vendita, se il marito, non avendo avuto la intenzione di vendere, ma di donare, avesse semplicemente mascherato la sua donazione sotto la veste di vendita; ma dichiarava per contrario valida la vendita, se il marito avesse avuto sinceramente la volontà di vendere, ed avesse fatto un vantaggio mercè la vilta del prezzo (*eod. loc.*).

Finalmente l'opinion non dichiarava la vendita affatto nulla, nè affatto valida; ma divideva la cosa, che ne aveva formato l'obbietto dover essere comune tra il marito e la moglie sino alla concorrenza del prezzo patteggiato: *communica ea esse pro portione pretii* (l. 34, § 4, ff. h. t.).

Pothier, vigente il nostro antico diritto, dopo aver riferito quelle tre opinioni, soggiungeva il sentimento di Nerazio sembrargli meglio fondato in teorica, ma in pratica doversi seguitare quello di Giuliano, e sottoporre indistintamente il figlio alla collazione del fondo quando il padre glielo avesse venduto per somma minore del suo giusto valore: « sarebbe, egli diceva, offrir materia a molteplici discussioni e giudizi lo investigare se il padre avesse avuto effettivamente la intenzione di vendere quel fondo: non tornerebbe agevole scoprirla. » (*Delle success.*, cap. IV, art. 14, § 2).

Per contrario Lebrun aveva preso a seguitare il sentimento di Nerazio; e principalmente invocava la legge 38 del digesto, *De contrahenda emptione* (lib. III, cap. VI, sez. III, n. 7).

Questo ultimo sentimento è pure professato da Demante (t. III, n. 189 bis 1).

E di fatti opiniam essere, come affermava

Pothier, il meglio fondato in teorica, senza temere, come faceva l'illustre giureconsulto, gl'inconvenienti che potrebbe offrire in pratica: anzi ci sembra cotesto timore avere spinto Pothier in una manifesta esagerazione, quando statuiva la collazione dell'immobile dover sempre aver luogo *indistintamente*, val dire anche quando la differenza tra il prezzo della vendita ed il valore dell'immobile, comunque da considerare indiretto vantaggio, non fosse nulladimeno di natura tale da privar l'atto seguito del carattere "di vendita".

Del rimanente abbiamo nel nostro Codice un mezzo di ovviare agl'inconvenienti, di cui preoccupavasi Pothier, cioè applicare la disposizione dell'art. 866 — 785; e di fatti tal sarebbe la nostra conclusione (supra, n. 320 confr. Delvincourt, t. II, p. 40, nota 2; Chabot, art. 843, n. 24; Duranton, t. VII, n. 398, 402.)

4097. — Se trattasi di affitto racchiudente un vantaggio indiretto fatto dal defunto ad uno de' suoi successibili, vi sarà luogo eziandio, secondo le circostanze, sia a pronunziarne la rescissione, sia, nel caso in cui il magistrato non credesse doverla pronunziare, a sottoporre il successibile a conferire gli utili che dovrebbe ancora conseguire dall'apertura della successione sino al termine della locazione (infra, n. 445).

Puossi affermare in generale la rescissione doversi più malagevolmente pronunziare, se si trattasse di fondo rustico che se si trattasse di fondo urbano, segnatamente se il successibile fittajuolo vi avesse erogato spese (confr. Delvincourt, t. II, p. 40, nota 2; D., *Rac. alfab.*, v. Success. n. 1439).

Ma qui nulla c'è di assoluto; e, per esempio, non potrebbesi, a parer nostro, se non plaudire il giudicato, onde venne pronunziata la rescissione dell'affitto, con cui il defunto aveva locato a tenue prezzo tutti i suoi beni ad uno de' suoi successibili, per la durata di 27 anni in un paese in cui le locazioni di ordinario formavansi per un solo novennio (confr. decis. C. di Angers 29 gen. 1840, Baranger, Dev., 1840, II, 442).

La tenuità del prezzo, congiunta a cotesta insolita durata della locazione, la quale addiveniva così un grave ostacolo alla divisione, avrebbe dovuto farne pronunziare la rescissione, anche quando non vi si rinvenisse ancora l'altra circostanza sommamente grave, e la quale potrebbe, in alcuni casi, di per sé

sola bastare a farla pronunziare, cioè comprendere la locazione tutti i beni del defunto.

1098. — Altronde ben si comprende, quante volte la convenzione, seguita tra il defunto ed uno degli eredi, trovasi sciolta per effetto della collazione, la eredità dover indennizzare l'erede di tutto ciò che abbia sborsato, ed altresì, più generalmente, di tutto ciò di cui la rescissione medesima possa avere per risultamento di costituire la eredità debitrice verso di lui.

Laonde, per esempio, in caso di annullamento della vendita a vil prezzo, ciò che il successibile avesse pagato al defunto, dovrebbe venirgli rimborsato.

Similmente, in caso di scioglimento della locazione, converrebbe indennizzarlo della importare de' suoi miglioramenti (arg. degli art. 851 e seg. — 780.)

Similmente, in caso di società, dichiarata nulla per causa di frode, o per difetto di autenticità dell'atto, il successibile avrebbe diritto, secondo le circostanze, di dimandare la bonificazione degl'interessi delle somme da lui versate nella società, ed eziandio l'indennizzamento per la sua collaborazione negli affari sociali.

Ma non potrebbe dimandare, oltre la quota da lui conferita, una porzione qualunque dei guadagni sociali, cui fosse concorso; dappoiché ciò sarebbe attribuire un effetto alla società pel vantaggio del coerede: or precisamente la società medesima non debbe produrre alcuno per lui (confr. arresto C. cass. 25 giugno 1839, Blarchaud, Dev. 1840, I, 545).

Dunque l'erede ha unicamente diritto ad indennizzamento; ma almeno ba sicuramente il diritto medesimo; dappoiché, se è uopo che uno de' successibili non venga vantaggiato, senza esoneramento dalla collazione, in detrimento degl'altri, è mestieri che neppure costoro si trovino vantaggiati in suo detrimento (confr. Duranton, t. VII, n. 338; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 320).

4099. — Al principio testè esposto (supra n. 387 e seg.) ed in conformità di cui i contratti a titolo oneroso, seguiti fra il defunto ed uno dei suoi successibili, debbono in generale produrre tra essi gli stessi effetti che produrrebbero fra estranei, l'art. 918 — 834 arreca una importante eccezione nella seguente guisa:

« Il valore della piena proprietà de' beni » alienati ad una persona successibile in linea retta, tanto col peso di una rendita vi-

» inizia, come a fondo perduto, o con riserva
» di usufrutto, sarà imputata nella porzione
» disponibile, e l'ecedente, se ve ne sia, sarà
» conferito nella massa. Questa imputazione
» e questa collazione non potranno essere do-
» mandate da coloro fra' successori in linea
» trasversale. »

Avemmo già occasione di occuparci di questo articolo, il quale fu desunto da' compilatori del nostro codice dalla legge del 17 nevoso anno II (art. 26).

Da un lato la eccezionale natura di queste alienazioni, onde chi aliena riceve, per equivalente di ciò che dà, un diritto temporaneo, finito il qual nulla rimarrà per lui e pe' suoi;

E d' altro lato la qualità delle parti fra cui segaiono coteste specie di alienazioni ;

Sono i due congiunti motivi, che determinarono i legislatori dell' anno II e del Codice Napoleone a sommettere le alienazioni medesime ad una special disposizione.

Siffatta duplice circostanza della natura dell' atto e della qualità delle parti parve loro imprimere a tale operazione un sospetto o più che equivoco carattere; e, senza credere alle apparenze ed alla qualificazione che le stesse parti gli avessero data di un atto a titolo oneroso, l' hanno di pieno diritto colpita di una presunzione di gratuità !

1100. — Nondimeno gli autori del Codice Napoleone non dipartironsi da questo sistema tanto quanto gli autori della legge del 17 nevoso anno II.

Qui segnatamente additeremo due differenze principali fra l' art. 26 della legge del 17 nevoso e l' art. 918 C. Napol. — 834.

I. Mentre l' art. 26 della legge del 17 nevoso applicavasi a tutti gli eredi in linea retta o collaterale, l' art. 918 C. Napol. applicasi unicamente agli eredi in linea retta ;

II. L' art. 26 della legge del 17 nevoso dichiarava vietate e nulle queste specie di alienazioni; mentre l' art. 918 C. Napol. dichiara semplicemente andar riguardate come liberalità imputabili su la porzione disponibile in conformità dell' art. 844 — 763.

Altroade coteste due differenze perfettamente spiegansi in ambo le legislazioni ; dapoichè esse medesime costituiscono necessarie conseguenze di due altre differenze primitive e fondamentali tra loro esistenti.

Di fatti da un lato la legge del 17 nevoso anno II attribuendo una riserva agli eredi della linea collaterale come agli eredi della linea retta (art. 46), dovette applicare alla

riserva degli uni la stessa garanzia che alla riserva degli altri; mentre il Codice Napoleone, il quale concede riserva a' soli eredi della linea retta (art. 916 — 832), non doveva specialmente garantire, sotto questo punto di veduta, gli eredi della linea trasversale;

E d' altro lato la legge del 17 nevoso anno II non permettendo al defunto di vantaggiare uno de' successibili della sua porzione disponibile, per quanto minima, nulladimeno l' avesse stabilita (art. 46), la legge medesima doveva dichiarar nulle quelle specie di operazioni, che riguardava gratuite; mentre il Codice Napoleone, il quale permette al defunto di donare per anteparte la sua quota disponibile ad uno de' suoi eredi, potevasi circoscrivere a considerare quella operazione come mascherata liberalità impatabile su lo quota disponibile.

Dunque il legislatore del Codice Napoleone desumendo dalla legge del 17 nevoso anno II la disposizione contenuta nel suo art. 26, di necessità doveva apportarvi quei due mutamenti indispensabili per armonizzare cotesta disposizione co' novelli principii sancitivi.

Non potrebbesi disconoscere que' mutamenti aver considerevolmente attenuato il rigore, dapprima sì estremo, di quella disposizione sotto l' impero della legge del 17 nevoso.

Ma non pertanto la disposizione dell' art. 918 può ancor sembrar molto rigorosa.

Anzi evvi di singolare e di notabile gli autori stessi del Codice Napoleone avere, sotto un determinato punto di veduta, renduta la disposizione dell' art. 26 della legge di nevoso maggiormente gravosa, aggiugnendo alla specie di operazione, da essa contemplata, un' altra operazione intorao a cui era silenziosa, cioè l' alienazione con riserva di usufrutto, in cui precisamente la presunzione legale di gratuità può sembrare più malagevole a giustificare che nelle altre.

1101. — Non pertanto, per non rendere assolutamente impossibile coteste specie di operazioni: tra l' autore ed i successibili in linea retta, quando fossero serie e sincere, l' art. 918, ad esempio dell' art. 26 della legge del 17 nevoso, dichiara non potersi oppugnare da coloro fra' successori in linea retta che avessero prestato il loro assenso all' alienazione.

Non possi non plaudire siffatto temperamento, il quale è pur un' attenuazione del rigore di cotesta presunzione legale; ma fa di mestieri altresì riconoscere il temperamento

medesimo imprimere vienaggiornante a tale articolo per intero un eccezionale carattere (confr. art. 791, 1430, 1600 — 708, 1084, 1443; ved. il t. II, n. 300, 382).

1102. — Precisamente nel titolo: *Delle donazioni tra vivi e de' testamenti* dovremo presentare, intorno all'art. 948, gli sviluppi richiesti dalla sua importanza.

Non è già che esso non si annodi, mercè più di un legame, alla subbietta materia delle collazioni.

Ma riguarda pur molto, ed assai dappresso, la materia della porzione disponibile di beni e delle riserve; ed avendo gli stessi autori del Codice Napoleone stimato dovervelo collocare ci atterremo a siffatta ripartizione.

1103. — Se non che qui osserviamo l'art. 948 essere applicabile nel solo caso in cui una delle alienazioni con esso contemplate venne fatta ad uno de' successibili in linea retta.

Avvisiamo, non ostante la opposta opinione di Delvincourt (t. II, p. 224, nota 7), siffatta espressione comprendere la linea ascendente al pari della linea discendente; avvegnachè la disposizione dell'art. 948 costituisce, nella mente de' suoi autori, una sanzione del diritto di riserva: or gli ascendenti godono una riserva al pari de' discendenti (art. 913 e 915 — 829 ed 834): il vero soltanto si è, in pratica, coteste specie di alienazioni avere luogo assai di raro a pro di un ascendente (confr. Duranton, t. VII, n. 334; Trop-Long, *Delle donaz. e de' test.*, t. II, n. 868; Demante, t. III, n. 56 bis, V).

1104. — Ma, relativamente a' collaterali, la disposizione dell'art. 948 non li riguarda menomamente.

E conseguentemente le alienazioni, sia con l'obbligo di pagare una rendita vitalizia, sia a fondo perduto, o con riserva di usufrutto, quando vennero fatte tra il defunto ed uno de' suoi successibili in linea collaterale, rimangono, sotto ogni rapporto, sottoposte alle regole del diritto comune.

Val dire che debbono in generale eseguirsi e produrre, tra il defunto ed il suo successibile, gli stessi effetti che produrrebbero tra due estranei.

Il carattere aleatorio di questi contratti non basta per preservarli dalla regola imperante, nella subbietta materia, su' contratti a titolo oneroso (confr. art. 1404, 1406, 1964 — 1058, 1060, 1836): quindi, vigente il nostro antico diritto, erano rimasti, verso e contro tutti, sotto l'impero del diritto comune;

e non trovandosi colpiti da veruna speciale presunzione, limitavasi a verificare in fatto se fossero sinceri o simulati (Portalis, Fenet; t. XII, p. 333.).

Or la presunzione di simulazione, stabilita con l'art. 948, dovendo colpire i soli eredi in linea retta, ne conseguita che, rispetto agli eredi in linea collaterale, dobbiamo ancora osservare le antiche tradizioni, tanto più che sono sommamente unisono a' principi, alla equità ed alla buona fede.

1105. — Queste specie di alienazioni, se si fossero consentite dal defunto ad uno dei suoi successibili collaterali, potrebbero dunque considerarsi come donazioni sol quando la simulazione venisse dimostrata.

Ma allora, se la simulazione venisse provata, il successibile collaterale andrebbe sottoposto all'obbligo della collazione, senza poter invocare, per sottrarsi, l'art. 948, in conformità di cui tali alienazioni van considerate come liberalità per anteparte.

Noa sapremmo seguitare l'opinione di Duranton, il quale insegna per contrario i successibili collaterali, in tal caso, andare immuni dalla collazione (t. VII, n. 331, n. 5).

La finale disposizione dell'art. 948, invocata dal nostro dotta collega, non ci sembra menomamente sorreggere la sua dottrina: se con l'art. 948 si credette dover dichiarare la imputazione e la collazione non potersi in questi casi dimandare da' successibili in linea collaterale, il legislatore non suppone coa l'articolo medesimo, come pretese Duranton, trattarsi di alienazioni fatte a pro di altri successibili in linea collaterale. Niente affatto! e ciò che il dimostra è la espressione in quello articolo adoperata: *l'eccedente, se ve n'è, sarà conferito nella massa*, val dire l'eccedente della quota disponibile: dunque trattasi non di collazione, ma di riduzione; dunque l'intero articolo può applicarsi unicamente riguardo agli eredi riservatarii.

E ciò torna sommamente consentaneo alla logica:

Di fatti per la ragione stessa l'art. 948 non essere applicabile contro gli eredi in linea collaterale, non potrebbe esserlo a lor pro: avvegnachè la indulgenza, la quale fece dichiarare l'operazione su la porzione disponibile, forma il compensamento della severità, la quale fece considerare l'operazione medesima come una liberalità: dunque le due parti dell'articolo sono correlative ed indivisibili (supra, n. 952).

Se non che aggiugniamo il carattere alquanto della operazione rendere per lo più sommariamente malagevole il successo di una domanda di collazione, formata in tali congiunture avverso un successibile collaterale (confr. Locré, *Legisl. civ.*, t. XI, p. 434, 435; Chabot, art. 853, n. 2; Demante, IV, n. 56 b s., XI; Zachariae, Aubry e Rau, tom. V. p. 316).

II.

SOMMARIO

Di quali cose non sia dovuta la collazione

1106. — In ogni tempo talune cose o talune spese, all'uso la natura loro, vennero eccettuate dall'obbligo della collazione. — Esposizione.
1107. — Divisione.
1108. — A. Le spese alimentari, di mantenimento, educazione, insegnamento, le spese ordinarie di corredo, nozze e regali di uso non debbono porsi in collazione. — Per qual motivo?
1109. — Continuazione.
1110. — Continuazione.
1111. — L'art. 852 è applicabile non solo nella successione in linea retta, ma ancora nelle successioni in linea collaterale.
1112. — Le spese alimentari, di mantenimento ed altre, di cui parlasi nell'art. 853 vanno forse immuni dalla collazione sia quando il successibile, per cui vennero fatte, non avesse beni particolari sufficienti per soddisfarle?
1113. — E uopo forse distinguere, per l'applicazione dell'art. 852, se il successibile fosse di minore o di maggiore età, maritato o pur no, avesse o pur no uno stabilimento, se abbia o pur no ricevuta una dote?
1114. — L'art. 852 sarebbe applicabile nel caso in cui il defunto avesse fatto, per uno de' suoi successibili, le spese annunciate in quello articolo, senza averlo fatto del pari per gli altri.
1115. — La precedente soluzione dovrebbe forse regolare estendendo nel caso in cui le spese fatte per uno de' successibili soltanto fossero considerevolissime e sproporzionate co' beni di fortuna del defunto? — Due esempi:
1116. — A. Quid, se il defunto abbia ricevuto e mantenuto presso di sé uno de' suoi successibili con tutta la sua famiglia?
1117. — B. Quid, se il defunto abbia fatto per la educazione di uno de' suoi successibili spese ammodae?
1118. — Continuazione.
1119. — Continuazione.
1120. — Converrebbe forse applicare le due precedenti soluzioni le materie di riserva e di quota d'ipotevole?
1121. — L'art. 853 riguarda le sole spese alimentari ed altre fatte dallo stesso defunto, dovute sua vita: non applicherebbesi al legato.
1122. — Per essere applicabile l'art. 852 fa di mestieri tra-

arsi degli oggetti dichiarati da questo articolo immuni dalla collazione.

1123. Delle spese alimentari, di mantenimento e di educazione.
1124. — Quid rispetto alle spese eccessive per le iscrizioni o per ottenere gradi e diplomi nelle facoltà?
1125. — Delle spese d'insegnamento.
1126. — Delle spese ordinarie di corredo.
1127. — Delle spese nuziali.
1128. — De' regali di uso.
1129. — Continuazione. — Relativamente al successibile, che contragga matrimonio, è uopo determinare se e che gli venga dato in occasione del matrimonio costituirlo un semplice regalo di uso, o un mezzo di stabilimento.
1130. — Continuazione. — Quid, rispetto agli oggetti para-fornali.
1131. — Continuazione.
1132. — Poco monta i regali di uso essersi fatti dal defunto al successibile prima della celebrazione del suo matrimonio o dopo.
1133. — Continuazione.
1134. — Delle spese ed altri donativi stipulati del defunto a pro di uno de' suoi successibili.
1135. — Quid, circa le spese e gli onorari dal contratto di matrimonio del successibile pagati dal defunto?
1136. — B. De' frutti ed interessi delle cose sottoposte a collazione. — Divisione.
1137. — I frutti e gli interessi che le cose donate potessero produrre prima del giorno dell'apertura della successione non vanno sottoposti alla collazione. — Per qual motivo?
1138. — Quid, se il defunto abbia promesso al successibile, nel suo contratto nuziale o in ogni altro atto, una rendita o un'annua pensione, senza determinamento del capitale; ovvero se sia obbligato a tenerlo in casa ed alimentare congiuntamente a' suoi; ovvero se gli abbia concesso il godimento di uno de' suoi immobili?
1139. — Continuazione.
1140. — L'erede donatario si trova, rispetto alla eredità, e relativamente a' frutti ed interessi della cosa donata, nella stessa posizione dell'usufruttuario. — Conseguenze.
1141. — Continuazione. — Del caso in cui sia donata al successibile una rendita vitalizia.
1142. — Non debbono distinguere la rendita sia perpetua, sia vitalizia, dovute da un terzo al defunto, e da costui donate ad uno de' suoi successibili, dalla rendita, sia perpetua, sia vitalizia, che lo stesso defunto erasi obbligato di pagare al suo successibile.
1143. — Continuazione. — Quid, se il defunto, costituendo ad uno de' suoi successibili una rendita sopra se stesso, avesse patteggiato la condizione di non pagarne le annualità nel corso di sua vita?
1144. — Del caso in cui il successibile abbia ricevuto la donazione di un usufrutto.
1145. — Del caso in cui il defunto abbia consentito, e pro di uno de' suoi successibili, una locazione a vii prezzo.
1146. — II. I frutti e gli interessi delle cose sottoposte alla collazione sono dovuti a competere dal giorno dell'apertura della successione. — Motivi.
1147. — Dopo l'apertura della successione, e relativamente a' frutti ed interessi della cosa donata, il successibile

trovasi nella stessa posizione dell'usufruttuario. — Consequenze.

1148. — Continuazione.

1149. — Continuazione.

1150. — Continuazione.

1151. — Il magistrato può forse ordinare la compensazione, a computare dal giorno dell'apertura della successione de' frutti e degl'interessi de' diversi valori rispettivamente sottoposti a collazione?

1106. — Il magistrato può forse ordinare la compensazione, a computare dal giorno dell'apertura della successione, de' frutti e degl'interessi de' diversi valori rispettivamente sottoposti a collazione?

1107. — In ogni tempo, sin dallo stabilimento dell'obbligo della collazione, ne vengono esonerate determinate cose.

Il precipuo motivo di tali eccezioni rinviensi nella stessa natura delle cose, o più generalmente delle spese cui si applicano: di fatti queste specie di spese distinguonsi pel duplice carattere, da un lato, di non diminuire il patrimonio di chi le faccia; e d'altro lato di non aumentare il patrimonio di colui pel quale si facciano: or la collazione ha per scopo d'impedire che il vantaggio fatto dal defunto ad uno de' suoi successibili diminuisca la quota degli altri, accrescendo quella del successibile vantaggio: dunque la collazione è inapplicabile alla spesa, che di sua natura reputasi lasciare il patrimonio del defunto nello stesso stato che se non si fosse fatta.

E ciò che imprime a cotesta categoria di cose o di spese siffatto duplice carattere si è che, a norma delle regole di una buona amministrazione domestica, del pari che in conformità delle ordinarie abitudini, vengono generalmente fatte con le rendite: or la destinazione delle rendite si è lo spendersi (ved. il nostro Trattato dell'assenza, n. 120): il defunto, se non ne avesse disposto a pro di uno de' suoi successibili, le avrebbe dissipate forse in ogni altra guisa, *loutius vivendo*; e gli eredi suoi neppure le avrebbero riavute nella sua eredità: dunque tanto meglio, se ne abbia disposto a pro di uno di essi! questa disposizione non potrebbe autorizzare g'li altri a dimandarli la collazione; sia perchè l'utile medesimo non avendo avuto per risultamento di procacciargli un capitale, la collazione torcerebbe di estrema durezza, anzi, in vece della eguaglianza, che è il suo scopo, produrrebbe una manifesta ineguaglianza!

Soggiungiamo la esenzione dalla collazione,

relativamente a tali cose, offrire inoltre il sommo vantaggio di antivenire una immensità di minute investigazioni, e conseguentemente dissensioni e contese.

Ebbene! il legislatore, avendo riguardo a tali motivi, ne ha desunto la presunzione sommaria naturale e saggia lo stesso defunto non avere inteso sottoporre alla collazione il successibile per cui fece queste specie di spese.

La stessa natura della cosa, e conseguentemente la presunta volontà del defunto costituisce dunque la precipua ragione su cui poggiano le eccezioni, delle quali ci faremo a discorrere.

Vi si possono aggiugnere ancora indubitabilmente, secondo i vari casi, altre accessorie ragioni, delle quali neppure negheremo il buon fondamento.

A cagion di esempio, in alcuni casi la esenzione stabilita dal defunto, anche quando avesse avuto luogo nello interesse del successibile, costituirà la liberazione da un debito anziché una liberalità; ed allora il vero si è la esonerazione della collazione applicata a tale spesa neppure costituire una eccezione, non rinvenendosi la spesa medesima nella regola (*supra*, n. 4016, ed *infra*, n. 1111).

In altri casi la spesa si sarà fatta non già nello interesse dello stesso successibile, ma piuttosto semplicemente in sua occasione, e per ragioni di decenza o di personale soddisfazione pel defunto o per la intera famiglia; e ben anco allora la spesa medesima tornerà di per sé straniera alla regola della collazione (*infra*, n. 1129).

Al certo noi non rifiuteremo il sussidio di coteste ragioni ne' vari casi in cui possono campeggiare.

Ma ciò che noi sosteniamo si è siffatte ragioni essere meramente accidentali, ed in certa guisa sussidiarie.

La ragione generale, permanente ed essenziale, la quale determinò segnatamente il nostro legislatore si è quella da noi testè esposta, val dire quella desunta dalla stessa natura della spesa, e conseguentemente della presunta volontà del defunto.

Talchè ogni spesa, la quale vada compresa nella categoria di quelle cui applicasi la ragion medesima, in conformità del nostro Codice, trovasi eccettuata dall'obbligo della collazione, anche quando venne fatta con diviso di liberalità dal defunto a pro del suo successibile; nel qual caso la esenzione dalla collazione

costituisce una vera eccezione alla regola fermata con l'art. 843 — 762.

Se noi abbiamo insistito su tal punto, il motivo si è esser desso della più alta importanza torna indispensabile che la spiegazione da noi testè data, la quale è, a parer nostro, nulladimeno la sola ben fondata, venga universalmente ammessa nella dottrina e nella giurisprudenza. E noi mostreremo essersi preteso poggiare ad altri motivi le eccezioni che dobbiamo qui esporre: or addivienne agevole il comprendere di quanto particolari scissure possa tornar fonte una prima discordanza intorno a siffatta fondamentale premessa!

1108. — Le cose le quali, atteso la lor natura, trovansi esonerate dall'obbligo della collazione, sembrano partite dagli autori del nostro Codice in due precipue categorie; ed egli ne trattano in due articoli:

A. Primariamente nell'art. 852 — 774

B. Secondariamente nell'art. 856 — 775.

Noi ravvicineremo coteste due disposizioni; avvegnachè di fatti, a creder nostro, ambedue deggionsi reputar conseguenze della stessa regola.

Ne discenderà la pruova dallo studio che successivamente imprendremo di entrambe.

1109. — A. L'art. 852 è concepito nella seguente guisa:

« Non si devono conferire le spese di alimenti, di mantenimenti, di educazione, d'istruzione, le spese ordinarie di abbigliamento, quelle per nozze e regali di uso. »

Innanzi tutto si ravvisa in tali specie di cose quella peculiar natura da noi additata suscettiva di motivare, in queste circostanze, la esenzione dalla collazione, val dire tutte le cose o spese menzionate nell'art. 852 doversi soddisfare con le rendite.

E ciò che dimostra essere stato di fatti appunto questo il motivo che determinò i compilatori del nostro Codice nell'art. 852 si è che egli lo aveva già trattato nell'art. 851 di una categoria di spese da soddisfare per contrario col capitale.

Talchè, volendo ben disaminare cotesti due articoli, si discopre, nella stessa differenza e nel contrasto delle due soluzioni, che racchiudono, il duplice divisamento del legislatore :

Da un lato, che se le spese, di cui parla nell'art. 854, debbono porsi in collazione, la ragione si è presumersi essere state soddisfatte dal defunto col suo capitale;

E d'altro lato, che se le spese, di cui parla

nell'art. 852, non debbano porsi in collazione, la ragione si è presumersi essere state soddisfatte dal defunto con le sue rendite.

1110. — Non pertanto si è oppugnata la spiegazione da noi data di que' due testi; e per dimostrare la ragione da noi adottata non essere ben fondata, o almeno essere insufficiente, si è messo in campo il duplice argomento;

1. Se il defunto avesse adoperato le sue rendite allo stabilimento di uno de' coeredi o al pagamento de' suoi debiti, sarebbe dovuta la collazione in conformità dell'art. 854 ed averrebbe lo stesso, se gli avesse fatto qualche donazione con le sue rendite: dunque non torna ben fondato il sostenere non andar sottoposto a collazione le liberalità fatte con le rendite;

2. Se il defunto avesse impiegato il capitale per alimentare, mantenere ed educare uno de' coeredi, la collazione non sarebbe dovuta, in conformità dell'art. 852: dunque non è ben fondato lo affermare andar sottoposte a collazione le spese fatte col capitale (confr. Mourlon, *Ripet. scrit.*, t. II, p. 155-156).

Primamente cominciamo dal dichiarare, per quanto ci riguarda, pienamente accogliersi da noi siffatte due proposizioni.

In vero è nostro divisamento :

1. Che quante volte trovisi ne' termini dell'art. 851, val dire quante volte trattisi di una delle spese contemplate con quello articolo, l'eredità debba la collazione, senza potersene esimere, offrendo provare, nella specie particolare, la spesa essersi fatta dal defunto con le sue rendite e non già col capitale ;

2. Che quante volte per contrario trovisi ne' termini dell'art. 852, val dire quante volte trattisi di una delle spese contemplate con tale articolo, l'eredità non debba la collazione senza potersi sommettervelo, offrendo provare, nella specie particolare, la spesa essersi fatta dal defunto col capitale e non già con le rendite (*infra*, n. 1116, 1118).

Ma forse coteste due proposizioni smentiscono la spiegazione da noi adottata dello essenziale motivo su cui poggiano, a creder nostro, gli art. 851 ed 852?

Niente affatto !

In vero noi non affermiamo e non vorremmo al certo affermare tutte le spese, qualunque ne fossero l'oggetto e la natura, soddisfatte dal defunto con le sue rendite, non andar soggette a collazione;

Come del pari non affermiamo e non vorremmo affermare tutte le spese, qualunque ne fossero l'oggetto e la natura, soddisfatte dal defunto col capitale, andar sottoposte alla collazione!

Gli art. 851 ed 852 indubbiamente non contengono nulla di simile.

Ciò che noi unicamente affermiamo si è il legislatore, in cotesti articoli, aver distinte due diverse categorie di spese, secondo la varia natura di ciascuna di esse; e, per dichiarare le une sottoposte a collazione, in conformità dell'art. 851, e le altre no, a norma dell'art. 852, essere stato segnatamente determinato dalla considerazione le une soddisfarsi d'ordinario col capitale e le altre per l'opposto d'ordinario con la rendita; ma sempre alla stessa natura di tali spese egli si è attenuto per sommetterle alla collazione o esonerarne; e la spiegazione da noi adottata del suo motivo non implica menomamente l'idea non doversi sempre tener dietro alla stessa natura delle spese, come rinvii valutati dal legislatore, sia nell'art. 851, sia nell'art. 852 (confr. Demante, t. III, n. 488 bis, l.).

4114. — L'art. 852 ha fatto sorgere molteplici quistioni.

Or precisamente, a creder nostro, tutte quelle quistioni derivano dal punto di vista troppo limitato, nel quale è piaciuto collocarsi e dalla insufficienza o piuttosto dalla inesattezza del motivo su cui si è preteso fondare lo stesso articolo.

In vero parecchi giureconsulti vollero scorger nell'art. 852 una conseguenza dell'art. 203 — 493, il quale dichiara che i due coniugi assomano, col solo fatto del matrimonio l'obbligo di alimentare, mantenere ed educare i figliuoli; e conseguentemente hanno spiegato la esenzione dalla collazione, stabilita dall'art. 852, affermando che il defunto, il quale avesse fatto questa specie di spese, non aveva conferito liberalità, ma estinto un debito (confr. Delvincourt, t. II, p. 39, nota 9; Chabot, art. 852, n. 4; Duranton, t. VII, n. 354, 355).

Essa sarebbe pure plausibile per la maggior parte delle nostre antiche consuetudini francesi, le quali anche esse avevano imposto l'obbligo della collazione unicamente tra figliuoli e discendenti (*supra*, n. 850; confr. art. 308 della cons. di Orleans).

Non pertanto, eziandio nella nostra antica giurisprudenza, precisamente sul punto in disamina, sussistevano molte varietà ed incer-

tezze, sia nelle diverse consuetudini, sia nella dottrina degli autori; e quando trattavasi di conoscere se gli alimenti, come allora denominavansi, andassero sottoposti a collazione, in quali casi ed in qual misura, molteplici distinzioni ben poco precise andavansi mettendo in campo e ravvolgendo (confr. Merlin, Rep. di giurispr., *Collazione alla eredità*, §1, art. II).

Oggidì non dobbiamo più soggiacere a tali impacci ed incertezze.

Abbiamo un preciso positivo testo di legge nell'art. 852!

E noi avvisiamo aver esso fatto cessare tutte le distinzioni della nostra antica giurisprudenza.

4112. — Torna indubitato, per esempio, le diverse spese, menzionate nell'art. 852, non andare oggidì immuni dalla collazione, sieno qualunque i successibili, nel cui interesse vennero fatte: dunque non solo quando si fecero dal padre o dalla madre nello interesse de' figliuoli; ma eziandio quando si fecero, sia dall'avo o dall'avola nello interesse de' nipoti, sia dal figliuolo nello interesse degli ascendenti; sia da ultimo dal collaterale nello interesse del parente.

Malagevolmente si comprende come mai Delvincourt (t. II, p. 39 nota 9) e Duranton (t. VII, n. 355) abbiano potuto appalesare opposta dottrina ed insegnare doversi applicare l'art. 852, per tesi generale, unicamente tra figliuoli del defunto. Ad evidenza la causa se ne rinvie nel punto di veduta inesatto sotto il quale gli onorevoli autori riguardarono quello articolo (*supra*, n. 4111); ma torna facile ravvisare quanto la qualità del testo poco favorisca la loro dottrina:

« Ciò dipenderebbe molto dalle circostanze » afferma Duranton.

Per contrario è mestieri mostrare maggior stabilità, e positivamente statuisce l'art. 852 applicarsi fra tutti i successibili.

Di fatti l'art. 852 corrisponde all'art. 843 — 762; e la eccezione da esso doverca alla regola della collazione, formata dall'art. 843, l'applica ad evidenza a tutti coloro cui lo stesso art. 843 aveva dapprima applicato la regola.

Or, in conformità dell'art. 843, qualunque erede indistintamente va sottoposto all'obbligo della collazione;

Dunque, a norma dell'art. 852, similmente qualunque erede indistintamente va immune dall'obbligo della collazione relativamente agli oggetti menzionati nell'articolo medesimo.

Avvisiamo il legislatore, nel parlare delle spese di alimenti, mantenimento, educazione, aver potuto soprattutto avere in mira i genitori ed i figliuoli; e lo stesso Treillard, nella *Expositon de motifs*, ebbe a dire, per spiegare l'art. 852, il padre, nel dar la vita ai figliuoli avere assunto l'obbligo di mantenerli ed educarli.

Ma ciò che emerge semplicemente da ciò si è tale ipotesi esser quella di fatti in cui avvengono per lo più, o piuttosto in cui avvengono sempre coteste specie di spese: e ben si comprende il legislatore aver potuto, per tal motivo, volgersi in preferenza il pensiero: non ne discende menomamente altronde non avere inteso comprendere, in questa disposizione, tutte le ipotesi in cui spese di cotesta sorta si fossero fatte per ogni altro successibile; e l'assoluta generalità del testo dimostra per contrario manifestamente esser stata appunto questa la volontà sua (confr. Toullier, t. II, n. 478; Malpel, n. 274; Taulier, t. II, p. 349; Demante, III, n. 188 bis, I; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 324; Massé e Vergé, t. II, p. 407; agg. pure Chabot, art. 853, n. 9).

Dunque prima nostra proposizione si è l'art. 852 potersi invocare da' successibili in linea collaterale del pari che da' successibili in linea retta.

Ed importantissima è siffatta proposizione non solo di per sé, ma ancora per la inevitabile influenza che essa debbe esercitare su tutte le altre quistioni insorte su tale articolo: di fatti, da questo momento, è manifesto tornare impossibile in avvenire il distinguere, nelle soluzioni da apportarvi i figliuoli del defunto da' suoi successibili collaterali; e le stesse soluzioni esser necessariamente applicabili a' secondi come a' primi: or cotesta necessità a similitudine somministrerà quasi sempre un grave argomento avverso coloro i quali, con iscopo di eguaglianza tra' figlinoli soltanto, impresero a somministrare l'art. 852 a temperamenti e restrizioni, da non potersi applicare tra' figliuoli se non adducendo del pari applicabili fra tutti i collaterali eziandio i più remoti!

4413. — Parecchi giureconsulti insegnano che, anche relativamente a' figliuoli, convien distinguere intorno alla quistione se le spese di alimenti, mantenimento, educazione ed istruzione debbono o pur no porsi in collazione:

Esse non dovrebbero porsi in collazione, se

il figliuolo non avesse beni particolari sufficienti a soddisfarle *de suo*;

Per contrario dovrebbero porsi in collazione, se il figliuolo avesse beni particolari sufficienti a soddisfarle; eccetto soltanto, dicesi, in questo ultimo caso, se avesse compensato gli atineuti stessi col proprio lavoro e con servizi renduti al padre o alla madre, che glie li somministrò.

Ma, tranne cotesta eccezione, la collazione sarebbe dovuta nella seconda ipotesi, eziandio dal figliuolo, delle spese di alimenti, mantenimento, educazione ed istruzione; dappoiché allora non evvi obbligo pel padre e per la madre di fare per lui quelle spese, potendolo collocare nel loro conto di tutela (confr. Delvincourt, t. II, p. 39 nota 9; Chabot, art. 852 n. 2; Duranton, t. VII, n. 356).

Rispetto a noi, avvisiamo pure potervi esser luogo a fare una distinzione nel caso in cui il successibile, per cui il defunto fece le spese menzionate nell'art. 852, avesse beni particolari.

Ma la distinzione, che ci sembra doversi fare, è affatto diversa da quella da noi testè esposta.

Ciò che allora fa di mestieri soltanto indagare, a parer nostro, si è la intenzione onde quelle spese si fecero dal defunto, sia pel figliuolo, sia per ogni altro de' suoi successibili.

In vero è uopo del seguente dilemma:

O il defunto ha inteso fare tali spese a titolo di anticipazione, *credendi causa*, con la intenzione di recarle in conto del successibile; ed in questo caso neppur ci sembra dubbio le spese modeste doversi pagare dal successibile su' beni suoi particolari; ma per qual motivo? forse perchè per massima l'art. 852 non è applicabile al caso in cui il successibile abbia beni particolari? niente affatto! semplicemente perchè il defunto non volle fare quelle spese a titolo di liberalità, *pietate ductus*; e si valse del dritto a lui pertinente di farle sopportare dallo stesso successibile (confr. i nostri *Trattati del matrimonio*, t. II, n. II; e della *Patria potestà*, n. 540);

O per contrario il defunto ha inteso fare *de suo*, a titolo di liberalità, quelle spese pel suo successibile; ed allora ad evidenza l'art. 852 sarà applicabile.

Sarà applicabile:

4. Perchè assoluto è il suo testò, e non distingue se il figliuolo, il fratello o il cugino, per cui il defunto fece tali spese, avesse o pur no beni particolari;

2. Perché quello articolo non è fondato su l'esservi obbligo pel defunto di fare quelle spese, quando il successibile sia povero; il quale obbligo non può sussistere quando il successibile sia ricco! l'art. 852 poggia sopra ben diverso motivo (*sopra*, n. 1108); e ciò che dimostra la distinzione, la quale vuoi stabilire tra il caso in cui il successibile abbia beni particolari o quello in cui non ne abbia, tornare affatto inammissibile, sotto il punto di veduta in cui si pretendo farla, si è che apparentemente il defunto non sottoposto ad una obbligazione di tal genere verso il successibile collaterale quando costui non abbia beni del pari che quando ne abbia.

Dunque tutto dipende, come noi affermiamo, dalla intenzione che ebbe il defunto; ed appunto ne' fatti e nelle circostanze evvi luogo ad investigarla.

A cagion di esempio tornerà evidente aver voluto il defunto fare una semplice anticipazione, quando, avendo avuto l'amministrazione de' beni del successibile, in forza della patria potestà o della tutela, esso medesimo avrà renduto il conto al successibile, e vi avrà collocato le spese da lui erogate per gli alimenti, il mantenimento e la educazione sua: *maxime*, insegnava il giureconsulto Paolo, *si in ratione impensarum ea retulisse apparebit* (L. 34, ff. *De negot. gest.*);

Mentre che per contrario sarà quasi sempre indubitato aver voluto fare queste spese *de suo*, a titolo di liberalità, se esso medesimo abbia, prima di morire, renduto il conto, senza comprenderle.

Se sia morto, prima di rendere il conto della sua amministrazione legale o della sua tutela, si dovrà investigare se abbia tenuto notamento delle spese fatte da lui, se il successibile non abbia compensato le spese medesime lavorando in casa, e prestandovi servizi, ec.: in somma sarà questa una questione di fatto e di valutazione (*confr. supra*, n. 4054, 4055; *Merlin. Rep.*, v. *Collazione alla eredità*, § 4, art. 2, n. 4; *Toullier*, t. II, n. 478; *Zachariae*, *Aubry* e *Rau*, tom. V, p. 321).

4114. — Non è da distinguere se, nel tempo in cui le spese menzionate dall'art. 852 vennero fatte, il successibile fosse:

Di maggiore o minore età;

Maritato o pur no;

Stabilito o pur no.

Del pari che non è da distinguere se il defunto, il quale fece per lui le spese medesi-

me, gli avesse già costituito una dote, ovvero non gliene avesse costituita alcuna.

Siffatte varie proposizioni tornerebbero dapprima ineluttabili, nel caso in cui si trattasse di successibile in linea retta bisognoso, cui il defunto fosse stato astretto a somministrare alimenti, in conformità degli art. 203 e seg. (*confr. il nostro Trattato del matrimonio e della separazione personale*, t. II, n. 48).

Ma esse non tornan meno ineluttabili nel caso in cui trattisi, sia di successibile in linea retta non bisognoso, sia di successibile in linea collaterale, cui in verno caso il defunto non era tenuto somministrare alimenti.

È ben vero che un tempo, a norma di alcune consuetudini, gli alimenti somministrati dal padre a' figliuoli maritati o stabiliti andavano sottoposti a collazione (*Cons. di Vermandois*, art. 95; di *Châlons* art. 105; *confr. pure Davut* e *Baumeliet*, lib. III, tr. V, cap. IV, n. 3).

Ma l'assoluta generalità del testo in disamina, spiegato dal suo vero motivo, elimina oggi tutte le distinzioni di cotesto genere.

4115. — Ecco altresì la ragione per cui l'art. 852 sarebbe applicabile, qualora il defunto avesse fatto per uno de' successibili le spese menzionate nell'articolo medesimo, senza averle fatte del pari per gli altri.

Suppongasi l'ipotesi che uno degli eredi dimandi al coerede la collazione di un regalo di uso fattogli dal defunto pel motivo non aver egli ricevuto un regalo similgiante!

Siffatta pretesione al certo tornerebbe inammissibile.

Ebbene! avvenir dee di tutti gli altri oggetti menzionati nell'art. 852 come de' regali di uso; dappoiché l'articolo stesso comprende, in una sola disposizione, gli uni e gli altri.

Cotesta dottrina sembra anziandoci essersi ammessa nel nostro antico diritto; e *Lebrun* insegnava all'uopo:

« Sarebbe potuto dubitare, qualora il padre avesse due figliuoli entrambi di età virile, un di essi fosse scampio vissuto fuori di casa, senza averne il minimo sussidio, e l'altro si fosse stato sempre alimentato e mantenuto, ma in questo medesimo caso non è ingiusto che gli alimenti sieno il prezzo dell'assistenza e dell'attaccamento, a prescindere dalla difficoltà di supporre essere stato l'assente totalmente abbandonato, presumendosi aver ricevuto soccorso dal padre senza rilasciarne quietanze... » (*lib. III, cap. VI, sez. III, n. 47*).

Altronde forse tal differenza fra' successibili non può emergere, anche indipendentemente da ogni intenzione da parte del defunto, dalla sola forza delle circostanze?

Lebrun supponeva due figliuoli di virile età. Sappongasi altresì che un uomo, dopo aver avuto un primo figliuolo, educato e stabilito, abbia dappoi, lungo tempo dopo, un secondo figliuolo, a cagion di esempio un postumo!

Indubitalmente avrassi diritto, nello interesse del secondogenito, di dimandare al primogenito la collazione di ciò che il comun genitore spese pel suo stabilimento (art. 854—770).

Ma torna manifesto non potergli dimandare la collazione delle spese erogate dal padre per gli alimenti, il mantenimento, la educazione e la istruzione sua, ed altre menzionate nell'art. 852; e tanto precisamente osservava eziandio Lebrun in altro luogo, scrivendo che « se le spese di studio si fossero fatte pe' primogeniti secondo l'ordine della nascita, non vi sarebbe motivo d'invitarle loro... » (Loc. sup. cit., n. 51);

Or nulla dimeno le stesse spese non vennero fatte pel secondogenito;

Dunque le spese medesime non vanno sottoposte a collazione anche quando non si fecero del pari per tutti i successibili (confr. decis. C. di Bordò 17 giugno 1846, Laffon, Dev., 4846, II, 644).

4146. — La soluzione testè presentata dovrebbe forse mantenere oziando nel caso in cui le spese fatte per uno de' successibili soltanto fossero considerevolissime e sproporzionate a' beni di fortuna del defunto?

Tal quistione può sorgere precipuamente in due circostanze, val dire:

A. Quando il defunto abbia ricevuto e mantenuto in casa sua uno de' successibili con tutta la sua famiglia;

B. Quando abbia fatto per la educazione di un di essi spese eccessive.

4147. — A. A cagion di esempio un padre di più figliuoli ha ricevuto in casa sua e mantenuto un di essi con la moglie, co' figli e domestici.

E per lungo tempo tutti questi individui vissero nella casa paterna; mentre gli altri figliuoli, stando al di fuori, furono astretti a provvedere di per sé a tutti i loro bisogni.

Si è emessa opinione in conformità della quale, in simil caso, dovrebbero la collazione di queste spese di alimenti e mantenimento (confr. decis. C. di Nancé 20 genn. 1830,

Brocard, D., 1830, II, 245; Chabot, art. 852, n. 3; Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, n. 744; Zachariæ, Aubry e Rao, t. V, p. 332; Massé e Vergé, t. II, p. 407.)

Rispetto a noi, avvisiamo nondimeno la collazione non esser dovuta eziandio in tali circostanze.

Primieramente osserviamo non sopporci qui da noi essersi gli alimenti promessi dal padre a titolo di costituzione di dote nel contratto di matrimonio di quello de' figliuoli da lui tenuto in casa: questa ipotesi potrebbe forse far sorgere talune speciali obiezioni; e noi ben presto prenderemo a disaminarle (infra, n. 4139).

Trattasi qui semplicemente di un padre, il quale, senza alcuna promessa per contratto di matrimonio nè per atto di donazione tra vivi, abbia somministrato in propria casa alimenti ad un de' figliuoli ed alla sua famiglia.

Orci pare non potersi sommettere in tal caso il figliuolo alla collazione senza violare lo stesso testo dell'art. 852.

E poco monterebbe l'offerta di provare le rendite del padre essere ad evidenza insufficienti a soddisfare tutta quella spesa, ed avervi impiegato una parte, anche notabile, del capitale.

In vero da un lato, come osservammo (supra n. 4108, 4109), alla stessa natura della spesa l'art. 852 si è attenuto per esimerla dalla collazione: or trattasi qui di spese di alimenti e mantenimento: dunque tali spese vanno immuni dalla collazione per la stessa natura, in conformità dell'art. 852, e senza potersi imprendere a sommetterle adducendo, nel caso particolare, essersi soddisfatte dal defunto col suo capitale;

D'altro lato inoltre, quando ciò fosse vero, che mai ne risulterebbe? il defunto aveva al certo il diritto di esimere il suo successibile dall'obbligo della collazione: or non è forse manifesto essere stata volontà sua di esonerarlo, quando impiegò una parte del suo capitale a fare per lui spese che conosceva andare esenti dalla collazione per positivo testo di legge! forse il testo medesimo, il quale dichiarava tali spese non sottoposte a collazione non dovette, con troppo fondamento al certo, convincerlo una dichiarazione di esenzione dalla collazione tornare da parte sua affatto inutile?

Neppure è da dimenticare che se in tali circostanze si sottoponesse uno de' figliuoli alla collazione verso gli altri, conterrebbe di ne-

cessità sottoporvi, nelle stesse circostanze, tutti gli altri eredi verso i coeredi, eziandio un cugino verso i cugini (*supra*, n. 1410); or non sarebbe ciò davvero eccessivo!

Siamo cauti a non ingolfarci in un sentiero, il quale promouvrebbe gelosie e lamenti di ogni sorta, ed arrecherebbe pure, sotto altro punto di veduta, grave ferita alla libertà di ciascuno.

È rilevante che ognuno serbi la libertà della propria vita, delle sue abitudini, da ultimo la libertà domestica e del governo della propria casa! eh che il padre o lo zio, isolato forse e rattristato non potrebbe chiamare presso di lui uno de' figliuoli o uno de' nipoti con la famiglia per circondarsene e goderne l'affezione, per formarsene compagna, sostegno, oggetto di tenerezza oppure converrebbe che in tempo di sua morte severo conto si formasse di tutte le spese erogate per essi, rappresentanti pigioni, alimenti ed altro!

Il nostro Codice non volle siffatto iadagiui; e ne merita ogni plauso! avvegnachè non sono questi vantaggi sottoposti a collazione: il defunto, nel ricevere in casa così uno de' successibili e la famiglia sua, non fece altro che associarli al suo ben essere, offrendo loro abitazione, vitto, ec.; ma sempre egli solo fece le spese medesime; e noi soggiungeremo ancora averle fatte per lui solo e per la propria casa, secondochè intendeva regolarla e voleva vivere, *lautius*, con parenti come avrebbe potuto fare con amici (confr. decis. C. di Parigi 17 feb. 1824, Bioche, Dev. e Carr., *collez. nuova*, 6, II, 343).

1118. — B. La stessa soluzione debbesi applicare, a parer nostro, alla seconda questione da noi testè mossa (*supra*, n. 1116).

Nulladimeno questa seconda questione era più controversa ancora nel nostro antico diritto.

A cagion di esempio Guy-Coquille, su l'art. II del *Titolo delle donazioni*, della consuetudine del Nivernese, si esprimeva così:

« Se il padre, il quale possiede pochi beni, faccia gravi spese per gli studi del figliuolo, eccedenti la rendita della quota che potrebbe spettare al figliuolo stesso nella eredità, le quali possano intaccare ed imminuire i beni modesti paterai; ed alle quali venne indotto, scorgendo l'ingegno e la inclinazione del figlio, io credo in tal caso il figlio esser tenuto a conferire le spese de' suoi studi, *quatenus* eccedano la paterna agisterza. »

Ed anche altrove, nelle sue *Questioni e ri-*

aposte su gli articoli delle consuetudini (n. 368), il chiarissimo autore insegnava:

« Se un padre, possessore di mediocri facoltà, scorgendo nel figliuolo acuto ed eletto ingegno, capace a comprendere le scienze, lo prevenga e faccia per lui sì gravi spese che verosimilmente i beni suoi non possano non diminuire notabilmente, io credo quel figliuolo andar sottoposto alla collazione per quella grave spesa... »

Siffatta soluzione si è pure insegnata sotto l'impero del nostro Codice: è questa segnata dalla dottrina professata da Chabot (art. 852, n. 3) e da Duranton (t. VII, a. 357), i quali, imponendo l'obbligo della collazione a quel figliuolo per cui si fecero quelle considerevoli spese di educazione, eccettuano nondimeno il caso in cui il figliuolo medesimo, senza colpa sua, non ne avesse tratto profitto, sia perchè non era atto a quel genere di istruzione datagli, sia perchè accidentali circostanze non gli permisero raccogliercne il frutto (agg. Grenier, *Delle donaz. e de'test.*, t. II, n. 540; Zachariae, Aubry e Rau, t. V. p. 322.)

Ma, a creder nostro, la collazione non sarebbe dovuta in alcun caso da cotesto figliuolo:

4.° Faremo primamente osservare che, eziandio nel nostro antico diritto, l'opposta soluzione non sembra essere stata unanime: a cagion di esempio Lebrun, che i propugnatori di questa soluzione invocano oggidì, non sembra sottoporre in tal caso il figliuolo alla collazione se non quando lo stesso padre avesse ciò imposto (lib. III, cap. VI, sez. III, n. 51); e relativamente a Pothier, dopo aver mosso questione se il padre, il quale avesse erogato molte spese per la educazione di uno de' figliuoli, potesse far legato all'altro figliuolo, per cui non fece alcuna spesa, ad oggetto di ristorarvelo, risponde: « la consuetudine di Laon il permette; ma io credo doversi circoscrivere al suo perimetro territoriale. » (*Delle success.*, cap. IV, art. 2, § 3): dalle quali cose sembra emergere, a creder suo, il figliuolo per cui le spese si fecero non esser tenuto a porle in collazione.

2.° Che che ne sia, in conformità del nostro Codice, dobbiamo oggidì risolvere tali questioni: or ci pare impossibile, atteso un testo similante a quello dell'art. 852, di dichiarare soggette a collazione in alcun caso spese di alimenti, mantenimento ed educazione, anche quando si fossero fatte per uno dei

figliuoli soltanto e non per gli altri, comechè considerevoli esser possano altronde le spese medesime ed anche quando avessero diminuito il capitale del comun padre: anzi puossi riflettere l'art. 852 non aver dichiarato le spese ordinarie di educazione, come ha dichiarato le spese ordinarie di abbigliamento.

Che dovrebbero dividersi intorno alla dimanda di collazione formata da nipoti o cugini del defunto avverso uno de' loro coeredi, cui lo io o il cugino avesse fatto dare una splendida educazione, da esso non data a costoro! e non pertanto converrebbe di necessità ammettere la lor dimanda, se si ammettesse quella de' figliuoli per tal cagione avverso uno di essi (*supra*, n. 4140).

3. Obbiettasi l'art. 852 poggiare su la volontà presunta del defunto, e non essere verosimile il defunto aver voluto apportare tra i figliuoli sì enorme ineguaglianza.

Faremo a cotesta obbiezione la stessa risposta da noi già fattavi, cioè che il defunto avrebbe potuto espressamente esonerarlo dalla collazione il successibile per cui fece quelle considerevoli spese; e che conseguentemente la prescrizione debbe essere avervelo esonerata, avendo adoperato quelle spese alla sua educazione, val dire ad una causa, ad una destinazione, sempre di per sé, di sua natura, esclusiva dell'obbligo della collazione (*supra*, n. 4115).

4. Da ultimo soggiugniamo cotesta soluzione essere molto più unisona a' costumi ed alle idee della nostra società; la quale si mostra cotanto favorevole, e con sommo fondamento! a tutto ciò che possa promuovere lo sviluppo della intelligenza: è uopo che il padre, il quale scorga gentile ingegno e profonda acume d'intelletto in uno de' figliuoli, e pronostichi il suo splendido avvenire, abbia il poter di fare tutte quelle spese impostegli dalla sua preveggente tenerezza per cotesto figliuolo, il quale forse addiverrà il sostegno di tutta la famiglia e costituirà ad un tempo il suo onore!

Dunque ciò cui debbesi volgere la mente, in tali congiunture, dice con sommo fondamento Taulier (t. III, p. 350), non è il danno speso, ma l'educazione e la istruzione ricevute: or similgiante liberalità appartiene all'ordine morale; essa non si mette in collazione (confr. Toulhier, t. II, n. 478; Demante, t. III, n. 188 bis, 1).

4149. — Cotesta soluzione, conviene non dimeno confessarlo, riguardata sotto altro

punto di veduta, sembra pur ferire i costumi nostri e le nostre odierne idee; dappoichè di fatti ferisce quello spirito di eguaglianza, sì profondamente penetrato nelle idee nostre e ne' nostri costumi, del pari che nelle nostre leggi.

Come! un de' figliuoli (ed abbiamone scorto esempio), grazie alle considerevoli spese fatte per lui, vedesi perfetto e celebre medico, mentre gli altri due fratelli, la cui educazione non fu l'oggetto delle stesse cure, trovansi in più modesta condizione, commessi in una casa commerciale con tenui soldi.

E questi tre fratelli dovranno nondimeno, a porzioni eguali, dividersi il paterno retaggio!

Similmente, sotto l'impero del nostro antico diritto, siffatta situazione vivamente commoveva gli animi, e la consuetudine di Laon; comunque ammettesse la incompatibilità delle qualità di erede e legatari (art. 94), permetteva nondimeno al padre d'indennizzare, con un prelegato, quel figliuolo per cui non aveva erogato le stesse spese di educazione che per l'altro (art. 971); val dire che la consuetudine scorgeva in quello indennizzamento la estinzione di una specie di debito anzichè un legato: Lebrun ampiamente invocare cotesto articolo (lib. III, cap. IV, sez. III, n. 54); ma noi già ravvisammo che Pothier per contrario divideva doversi circoscrivere al perimetro di quella consuetudine (*supra*, n. 4116).

Sotto l'impero del nostro Codice parecchi giureconsulti han parimenti insegnato l'indennizzamento accordato, in simil caso, dai genitori agli altri figliuoli non assumere il carattere di liberalità: dalla qual cosa hanno inferito:

1. Che esso non andrebbe sottoposto alle forme delle donazioni tra vivi o per testamento, e verrebbe validamente accordato con atto qualsivoglia;

2. Che non andrebbe sottoposto a collazione, nè ad imputazione su la quota disponibile (confr. Chabot, art. 852, n. 4; Duranton, t. VII, n. 348).

Noi non sapemmo ammettere cotesta dottrina: a creder nostro torna impossibile il ravvisare qui un debito, sia da parte del padre verso gli altri figliuoli, sia da parte del figliuolo per la educazione del quale furono fatte le spese verso i fratelli e le sorelle.

Ciò che semplicemente crediamo e pienamente il crediamo! sì è che il paterno cuore può assai legittimamente credersi indotto ad

una specie di riparazione versogli altri figliuoli, la cui educazione non fa l'oggetto delle stesse cure; e gli compete di accordarla loro, attribuendo, secondo i casi, tutta o parte, per prelegato, la quota disponibile: queste circostanze non precisamente di quelle per cui venne conferito al padre il diritto di disporre per anteparto della quota disponibile a pro di uno o più de' figliuoli; e noi stessi plaudiremo a disposizioni di tal genere, quando avranno per iscopo di far disparire la ineguaglianza che avrebbe potuto produrre la diversità di educazione tra' figliuoli; ma questo mezzo è l'unico rimedio; ed a noi pare altronde sufficiente.

1120.—Nulladimeno se ne è ancor proposto un altro; e si è insegnato potere il defunto sommettere all'obbligo della collazione lo stesso successibile per cui fece spese più considerevoli che per gli altri (confr. Duranton, t. VII, n. 358; Chabot, art. 852, n. 4; Poujol, art. 852, n. 3; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 322).

Ma cotai mezzo sarebbe, a parer nostro, di natura tale da dar luogo a gravi obiezioni.

Indubitatamente, se si supponga avere il defunto somministrato alimenti ad uno de' successibili, di maggiore età, a condizione che costui gli pagherebbe una pensione, o che dapoi conferirebbe nella eredità il valore degli alimenti stessi, il successibile andrà sottoposto a tal pagamento o collazione.

Ma se per contrario gli alimenti gli furono somministrati senza veruna condizione di tal genere e gratuitamente, a titolo di liberalità, il suo autore, con una dichiarazione unilaterale, gli potrebbe imporre di poi, per testamento o per altro atto, l'obbligo della collazione? crediamo di no; e la negativa ci parrebbe segnatamente indubitata, se si trattasse di spese di alimenti ed educazione fatte pel successibile durante la sua minore età: tal era altresì, in questo ultimo caso, il sentimento di Lebrun (lib. III, cap. IV, sez. III, n. 47, 50 e 51).

Dunque ciò che sarebbe indispensabile, per addivenire efficace simigliante dichiarazione, si è potersi considerare, nella forma e nel merito, non come obbligazione di collazione imposta al successibile, oggetto delle spese medesime, ma come disposizione per anteparte a pro degli altri successibili.

1121.—Però noi parliamo qui del solo obbligo della collazione.

Sarebbe forse mestieri applicare pure le due precedenti soluzioni (n. 1117, 1118) in

materia di riserva e di quota disponibile?

Ovvero, in altri termini le spese di alimenti, mantenimento ed educazione ec., se fossero eccessive, non dovrebbero forse considerarsi come vantaggio sottoposto ad imputazione o riduzione, nel caso in cui la quota disponibile si trovasse esaurita da altre liberalità?

Non possiamo in questo momento scendere alla disamina di tal quistione.

Non pertanto crediamo doverla qui addurre ad obbietto di fare le nostre riserve.

In vero la regola generale, come in prosieguo ravviseremo, si è che le stesse cose non sottoposte a collazione non vanno soggette alla imputazione su la quota disponibile; e, per esempio, torna indubitato le spese menzionate nell'art. 852 non essere imputabili su la quota disponibile del pari che non vanno soggette a collazione.

E da ciò potrebbero forse voler inferire applicarsi da noi parimente, in ambe le materie, le stesse soluzioni su l'art. 852.

Nulladimeno non avviene così; e noi stessi avvisiamo le soluzioni poter essere varie in materia di riserva o di quota disponibile.

Semplice ne è la ragione, cioè che, se il defunto può esimersi i suoi successibili dalla collazione, non può esimersi dall'azione di riduzione; non può in somma, eziandio indirettamente, toccar la riserva, come può indirettamente toccar la quota disponibile (confr. dec. C. di Nanci 20 gen. 1830, Brocard, D., 1830, II, 249; Mertin, Rep., v. Legittima, sez. VIII, § 3, art. III, n. 43; Demante, t. III, n. 188 bis, I).

1122.—Del rimanente l'art. 852 riguarda soltanto le spese di alimenti ed altre fatte dallo stesso defunto nel corso di sua vita; e conseguentemente il legato fatto ad uno dei suoi successibili per porlo in grado di provvedere, dopo sua morte, all'una o all'altra delle spese menzionate nell'art. 852, andrebbe al certo sottoposto a collazione.

Cotesta proposizione veniva pienamente accolta da' nostri maggiori; anzi la consuetudine di Auxerre l'aveva testualmente sancita con l'art. 55 (confr. Lebrun, lib. III, cap. XI, sez. III, n. 47; Pothier, *Delle success.*, cap. IV, art. II, § 3, su l'art. 309 del tit. XVII della consuetudine di Orleans.)

È pure oggi unanimemente ammessa (confr. *Delle donaz. e de' test.*, t. II, n. 540; Chabot, art. 852, n. 5; Duranton, t. VII, n. 354; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 321; Massé e Vergé, t. III, p. 408.)

Di fatti torna manifesto questo legato, al pari di ogni altro, potersi estinguere unicamente co' beni ereditari: la indicazione dell'uso e della destinazione del legato non ne cangia il carattere; e conseguentemente il legato stesso costituisce un legato sottoposto a collazione al pari di ogni altro (art. 843—762).

4123. — Lebrun soggiungeva che « se il padre nel momento della morte, dovesse ancora pensioni del figliuolo o spese di studio o di istruzione, questo debito reputerebbesi della eredità e non un debito particolare del figliuolo » (Lib. III, cap. VI, sez. III, n. 50).

E ciò torna evidente; dappoichè tratterebbesi allora di spese fatte dal defunto medesimo nel corso di sua vita: or l'art. 852, il quale esime tali spese dalla collazione, non distingue e non doveva al certo distinguere se siensi pagate dal defunto o sieno intor dovute in tempo di sua morte (confr. Toullier, t. II, n. 480; Zachariae, Massé e Vergé, t. II, p. 408).

4124. — Affermammo che, dichiarando l'art. 852 non soggetti a collazione indistintamente i varii oggetti menzionativi, non competerebbe, a creder nostro, al magistrato introdurvi, per via d'interpretazione, distinzioni cui ci sembra ostare l'assoluta generalità de' suoi termini.

Ma all'uopo è indispensabile trattarsi degli oggetti menzionati in quello articolo.

È, sotto questo punto di veduta, ovvi ad evidenza luogo a disaminare in fatto se le spese che pretendonsi esonerare dalla collazione, in forza dell'art. 852, vadano di fatti, per lor natura, comprese nella categoria di quelle che l'articolo medesimo ne dichiara immuni.

Cotesta disamina, la quale potrà, conviene confessarlo, dar luogo talvolta a dubbii (infra n. 4132 e seg.), tornerà nondimeno agevole in generale.

4125. — Relativamente dapprima alle spese di alimenti, mantenimento ed educazione, essendo il senso di queste espressioni ben definito nella nostra lingua, e molto meglio ancora ne' costumi nostri e nelle nostre usanze, non possono dar luogo a grave difficoltà nell'applicazione (confr. art. 203, 385, 4409—493, 299, ed i nostri Trattati del matrimonio e della separazione personale, t. II, n. 3 e seg., della patria potestà, n. 538).

Quindi, per esempio, è uopo comprendere nelle spese di educazione:

I libri somministrati al successibile per la sua istruzione; tranno nondimeno il caso in cui si trattasse non solo de' libri necessari pel suoi studi, ma del dono di una vora biblioteca (supra, n. 1041);

Gli istrumenti o oggetti qualsivogliano necessarii allo studio della fisica, delle matematiche, della geografia, *instrumenta mathematica, tabulae, aut sphaerae geographicae, aut similia*, come affermava Vinnio, il quale li sottoponeva nondimeno alla collazione (*De collat.*, cap. XIII, n. 1), da cui oggidì vanno al certo immuni;

Le pensioni o più generalmente, gli onorari e soldi de' precettori o di tutti i maestri, eziandio di quelli di musica, di canto, di scherma, di equitazione, ec. (Pothier, *Delle success.*, cap. IV, art. 4, § III);

Le spese de' viaggi, che il defunto avesse fatto fare al successibile; dappoichè i viaggi son puro, segnatamente a' nostri tempi, uno de' migliori mezzi di educazione ed istruzione (confr. decisi. C. di Brusselles 7 aprile 1808, Dubrouhoven, Dev. e Car., *Collez. nuova*, II, 275).

4126. — Le spese necessarie per lo iscrizioni e per ottenere i gradi ed i diplomi nelle facoltà scientifiche formano eziandio parte delle spese di educazione.

E convien pure, su questo ultimo punto, eliminare le distinzioni fatte sotto l'impero del nostro antico diritto.

A cagion di esempio alcuni distinguevano la licenza dal dottorato; e nel decidere le spese di licenza andare immuni dalla collazione, decidevano le spese di dottorato andarvi sottoposte: la consuetudine di Reims (art. 322) dichiarava altresì positivamente il danaro pagato dal padre, dalla madre, dall'avo o dall'avola, e per ottenere i gradi sino alla licenza inclusivamente, non andar soggetto a collazione. » (Confr. Lebrun, lib. III, cap. VI, sez. III, n. 53; Pothier, *Delle success.*, cap. IV, art. II, § 3, e nota 2 in l'art. 309 del tit. XVII della cons. di Orleans; Bourjon, *Dritto della Francia*, tit. XVII, II, part. sez. IV, n. 49).

Altri distinguevano le spese di dottorato in teologia o in diritto, che dichiaravano immuni dalla collazione, dalle spese di dottorato in medicina, che per contrario dichiaravano andarvi sottoposte: anzi alcuni esoneravano dalla collazione le spese di dottorato in medicina in tutte le facoltà diverse da quella di Parigi, dove, per quanto pare, erano molto più notevoli (confr. Ferrières fu l'art. 304 della cons.

di Parigi; Merlin, *Rep.*, v. *Collazione nella eredità*. § 4, art. 44, n. 41).

Finalmente alcuni dichiaravano immuni dalla collazione tutte le spese qualsivogliano di dottorato in teologia, in dritto o in medicina, senza eccettuare quelle fatte, come diceva Basnage, per ottenere il dottorato in medicina a Parigi (su l'art. precitato della cons. di Reims; Ricard su l'art. 304 della cons. di Parigi).

Questa ultima soluzione ci sembra oggidì la sola ben fondata non ostante l'opposto parere di Delvincourt (t. II, p. 39, nota 9).

Il motivo addotto un tempo per fare quelle distinzioni tra la licenza ed il dottorato, cioè che, a differenza della licenza, il dottorato costituisce uno stabilimento, ahimè! è sfornito di esattezza; e conviene che il diciamo noi stessi a' nostri giovani alunni! il titolo di dottore in diritto è al certo un elevato grado; ma è un semplice grado universitario, onorevole attestato di compiuti studii, il quale può schiudere la carriera dello insegnamento, di cui forma una indispensabile condizione, ma il quale nulladimeno non attribuisce di per sé veruno stato; e, relativamente al diploma di dottore in medicina, se è vero che autorizza chi l'ottenne ad assumere immediatamente il titolo di medico, la differenza è enorme e l'intervallo spesso molto lungo fra il conseguimento di questo titolo ed il serio e lucroso esercizio della professione! ed è ancor vero, a' tempi nostri, il diploma essere quasi sempre per alquanti anni, come diceva Ferrière: *titulus sine re!* (su l'art. 304 della cons. di Parigi; confr. Toullier, t. IV, n. 481—482; Duranton, t. VII, n. 360; Malpel, n. 274; Chabot, art. 850, n. 6; Ducaurroy, Bonnier e Ronsaing, t. II, n. 714; Demante, t. III, n. 488 bis, V; Zachariae, Aubry e Rau, tom. V, p. 328).

1127. — *Le spese d'istruzione* son pure spese di educazione; avendo per obbietto di far apprendere una professione al figliuolo, o più generalmente al successibile.

Or tutte le spese di questo genere, il cui scopo si è il preparare il successibile all'esercizio di una professione qualsivoglia, liberale, industriale o meccanica, van comprese nelle spese di educazione.

Appunto in tal senso la consuetudine di Reims esonerava dalla collazione: « il danaro pagato per la istituzione de' figliuoli sì nelle arti liberali che meccaniche » (art. 322).

Ed ecco la ragione per cui le spese fatte pel

successibile alunno di notajo o patrocinatore, ecc., durante l'alumnato, ed anche dopo, non vanno soggette a collazione.

Pel pari che non vi vanno sottoposte le spese d'istruzione propriamente dette pel successibile, che apprende un mestiere.

1128. — Un tempo generalmente esoneravansi dalla collazione le spese di abbigliamento di un figliuolo inviato in servizio (Pothier su l'art. 309 del tit. XVII della cons. di Orleans, nota 1; agg. Lebrun, lib. III, cap. VI, sez. III, n. 52).

Parcechcio consuetudini racchiudevano eziandio in tal senso una positiva disposizione (cons. di Berry, tit. 42; di Reims, art. 322).

E ciò indubitabilmente spiega come l'attenzione de' compilatori del nostro codice venne specialmente richiamata su tale oggetto.

Dunque, su tal punto, è uopo inferire dall'art. 852, come un tempo inferivasi dalle consuetudini, non andar sottoposti a collazione i cavalli, le armi e più generalmente ciò che costituisce pel successibile in servizio il suo militare equipaggio, avuto riguardo al suo grado.

1129. — Relativamente alle spese nuziali applicando questa espressione, secondo il manifestò intendimento del legislatore, a' banchetti, festini o radunanze, in occasione del matrimonio, non furono mai sottoposte a collazione; avvegnacchè si fanno non solo pel successibile, ma per tutta la famiglia, per sua onoranza, per manifestare l'allegrezza sua e farvi partecipare i suoi parenti ed amici; e finalmente torna evidente le spese del pranzo nuziale giovare al successibile da pranzo a cena, diceva Guy-Coquille, nel suo espressive ed originale linguaggio! (*Quist. e risposte su gli art. delle cons.*, n. 468).

1129. — L'art. 852 esime parimente dalla collazione i regali di uso.

Coteste specie di regali spesso fannosi in occasione del matrimonio; anzi è da credere la mente del legislatore essere stata quindi rivolta dalla prima ipotesi, quella delle spese nuziali, alla seconda, quella de' regali di uso comunque siffatto d'ipotesi non debbasi confondere (in fra, n. 1134).

I regali, in occasione del matrimonio, possono farsi:

Sia a persone terze o al futuro coniuge del successibile;

Sia allo stesso successibile, che contrae matrimonio.

È poi evidentissimo non andar sottoposti

a collazione da parte sua i regali fatti a persone diverse dallo stesso successibile, come quelli fatti a' fratelli o alle sorelle o ad altro membro della famiglia; oppure ad amici, ad estranei, agli interpositori, per esempio, val dire alle persone, le cui cure intavolarono e condussero a buon termine quelle delicate negoziazioni tra le due famiglie.

Avviene lo stesso de' regali fatti al futuro coniuge del successibile.

1131. — Relativamente a' regali di uso fatti al successibile che contrae matrimonio, vanno certamente compresi pure ne' termini generici dell'art. 852; e conseguentemente dobbiamo divisare non dover neppure andar sottoposti a collazione, quante volte costituiscono effettivamente semplici regali di uso.

Ma torna manifesto esservi qui un limite da non eccedere rispetto allo stesso successibile.

Di fatti relativamente al successibile, ci troviamo al cospetto di due regole parimente vere, l'una delle quali non debbe sacrificarsi all'altra, e che per contrario è forza egualmente mantenere.

Da un lato, se è vero che, in conformità dell'art. 852, i regali di uso fatti al successibile, che contraggono matrimonio, non deggiono porsi in collazione;

D'altro lato non è meno indubitato che, a norma dell'art. 854, si deve la collazione di ciò che venne speso pel suo stabilimento, pel suo matrimonio.

È conseguentemente evvi luogo a disaminare in fatto se ciò che si donò dal defunto al successibile, che contrasse matrimonio, debba considerarsi come regalo di uso non soggetto a collazione, a norma dell'art. 852, o per l'opposto come mezzo di stabilimento, come una costituzione di dote soggetta a collazione, in conformità dell'art. 854.

1132. — A esgion di esempio, questione spesso sorta, e di fatti di natura tale da sorgere di frequente, in pratica, si è se faccia mestieri riguardare come regalo di uso o come costituzione di dote i beni parafernali, cioè i diversi oggetti d'ordinario dati al futuro coniuge, per particolare suo uso; le vesti nuziali ed altri, i gioielli, i diamanti, la lenzuola, le tovaglie, i letti, ec.

Su tal punto il nostro antico-diritto presentava alcuna varietà.

È ben vero che Pothier positivamente insegnava « i beni parafernali e le vesti nuziali dato al figliuolo, nel contrarre matrimonio, andar sottoposti a collazione. » (Su l'art. 309,

tit. XVII della cons. di Orleans, nota 3.)

Talune consuetudini dichiaravano pur così (Cons. di Noyon, art. 16; di Sens, art. 268; di Reims, art. 322; di Châlons, art. 105; di Melun, art. 207).

E di fatti questo sembrava essere il sentimento più generale (confr. Guy-Coquille, Quist. e risp., n. 468; Merlin, Rep., v. Collaz. nella eredità, § 4, art. 44, n. 6).

Ma nulladiueno altri distinguevano le vesti nuziali, di uso ordinario, dalle vestisolenne e di festività, sostenendo doversi queste soltanto porre in collazione (confr. d'Argentreo su l'art. 526 della cons. di Bretagna; Lebrun, lib. III, cap. VI, sez. III, n. 52).

Anzi! puossi leggere nelle *Instituta consuetudinariae* di Loyse una regola così conceputa: « Non vanno soggetti a collazione gli alimenti, il mantenimento per servizio militare, scuola, apprendimento di mestiere o mercatura, speso e doni nuziali di mobili. » (Lib. II, tit. VI, regola III, n. 352; ediz. Dupin e Laboulaye.)

Nè spese nè doni nuziali di mobili van soggetti a collazione!

Ciò era generalmente ammesso!

Quindi de Lauriere, su questa regola, osservò parecchie consuetudini per l'opposto statuire « i figliuoli esser tenuti a porre in collazione le vesti nuziali, i gioielli ed oggetti parafernali, come letti, lenzuola ed altre cose date, » ed eccettuarne le sole spese nuziali.

1133. — Del rimanente, che che ne sia di cotesti precedenti, a creder nostro oggidì è questa precipuamente una quistion di fatti e d'interpretazione.

Dunque non vorremmo accettare l'assoluta formola che si legge in una decisione della Corte di Parigi: gli oggetti parafernali non potersi comprendere ne' regali di uso dall'art. 852 dichiarati immuni dalla collazione (Decis. 45 genn. 1853, Dupin, D., 1853, II, 633).

Tutto dipende, a parer nostro, dal conoscere qual fu la volontà del defunto, e qual carattere intese imprimere a cotesta specie di liberalità da lui fatta; sia il carattere di un semplice regalo di uso, sia il carattere di una costituzione di dote.

È per ravvisare la volontà sua all' uopo, è forza indagare le circostanze del fatto, la natura degli oggetti in esame, il lor valore più o meno notevole, relativamente alla condizione ed a' beni di fortuna delle parti, ed al valore degli altri oggetti effettivamente costituiti in dote.

Segnatamente è necessario disaminare come, in qual forma ed in quali termini quegli oggetti furono consegnati dal defunto al successibile.

In generale dovressi inclinare a scorgervi un semplice regalo di uso, se gli oggetti saranno di mano in mano, senza farne menzione nel contratto di matrimonio, nè in veruno altro atto.

E se degli oggetti si fece menzione nel contratto nuziale, converrà disaminare in qual modo ed in quali termini.

Indubitabilmente una menzione qualsivoglia di tali oggetti nel contratto nuziale non sempre torna sufficiente di per sé per doversi riguardare altrimenti che come regali di uso; e, per esempio, conserverebbero questo carattere, se l'avessero di fatti di per sé, atteso la natura loro e la loro relativa modicità: io affermo che il conserverebbero, se menzione se ne fece nel contratto nuziale dietro dimanda della futura sposa successibile unicamente per imporne carico al marito o renderlo responsabile verso di lei (confr. arresto C. cass. 44 ag. 1833, Lamarthionie, D., 1833, I, 398).

Ma del pari, in senso opposto, se dal contratto nuziale risultasse il defunto stesso aver voluto comprendere tali oggetti nella costituzione dotale; se, per esempio, dopo aver dichiarato dare al suo successibile una determinata somma o oggetto, come determinato cose, gioielli, vesti, biancherie, ec., avesse soggiunto darli in anticipazione di eredità, ovvero, senza aggiungere una cotanto espressa dichiarazione, se avesse espresso il divisamento di comporre la dote di tutti questi oggetti insieme ed indistintamente, converrebbe al certo statuire gli oggetti medesimi, qualunque fossero la natura loro ed il lor valore, doversi porre in collazione; dappoichè di fatti allora costituirebbero porzioni e dipendenze della dote, *appendices dotis*, diceva con massima eleganza Vinnio (*Decollat.*, cap. XIII, n. 1; confr. arresto C. cass. 11 luglio 1814, Duranton Sirey, 1814, I, 279; decis. C. di Parigi 18 genn. 1825, Perrin, Sirey, 1825, II, 344; di Grenoble 2 ag. 1846, Viennois, Dev., 1847, II, 448; Duranton, t. VII, n. 366; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 852, Osserv. 1; Poujol, art. 852, n. 4; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 322; Massé e Vergé, t. II, p. 408.)

1134. — Altronde poco monta, quando trattisi di regali di uso, che siensi fatti dal defunto al successibile prima o dopo della cele-

brazione del suo matrimonio (Arresto C. cass. 6 giugno 1834, Priel, Dev., 1835, I, 58).

Similmente sempre vengono esonerati dalla collazione non solo quando, fatti in tempo prossimo alla celebrazione del matrimonio, possono considerarsi ancora come regali nuziali, ma in qualsivoglia tempo siensi fatti.

1135. — La ragione si è che effettivamente i regali di uso, esonerati dalla collazione dall'art. 852, non sono quelli soltanto fatti in occasione del matrimonio, ma, più generalmente, tutti i regali di questo genere, che secondo le usanze della società nostra e le abitudini delle famiglie, sogliansi fare in alcune circostanze ed in alcune epoche; come, a cagion di esempio, le sirene del capodanno, i festini in occasione dell'anniversario della nascita, o di altro fausto avvenimento per la famiglia; semplici doni, sì fattamente imposti dalle convenienze che lo stesso tutore può farli in nome del minore (*Ved.* il nostro Trattato della minore età, ec., t. II, n. 776; confr. Davot e Bannelier, lib. III, trattato V, cap. IV, n. 4).

1136. — Tali son pure le picciole somme, spesso patteggiate, oltre il prezzo, a titolo di *sirena*, *spille* o *paraganto*, dal padre a pro di uno de' figliuoli, del primogenito o della figliuola, in contratti stipulati con un terzo, vendita, locazione o altro: queste specie di *spille* non vanno soggette a collazione, anche quando si trovassero menzionate nel contratto, qualora però, atteso la loro relativa modicità, debbansi riguardare come semplici regali di uso (confr. Duranton, tom. VII, n. 366).

1137. bis. — La corte di Bourges giudicò le spese e gli onorarii pagati pel contratto di matrimonio da' genitori del futuro sposo andar sottoposti a collazione (Decis. 8 feb. 1845, Caillau, D., 1845, IV, 444).

È ben vero non potersi monomamente considerare come spese nuziali, nel senso rammentato dall'art. 852 a tale espressione, e quindi sommar costituire un particular debito del successibile.

1138. — B. Dobbiamo ora scendere alla disamina della seconda categoria delle cose, le quali, atteso la lor natura, vennero dichiarate immuni dalla collazione (*supra*, n. 1137).

L'art. 856 — 775 è così concepito:

« I frutti o gl'interessi delle cose soggette alla collazione non sono dovuti che dal giorno in cui si è aperta la successione. »

Da tale articolo dipende una duplice conseguenza :

I. La prima, la quale, comunque espressa tacitamente e per illazione, non è meno manifesta, cioè che i frutti e gl' interessi, prodotti dalle cose donate, prima di aprirsi la successione, non vanno soggetti a collazione;

II. La seconda, costituendo l' obbietto diretto dell' articolo, cioè che i frutti e gl' interessi prodotti dalle cose donate, a computo dal giorno dell' apertura della successione, debbono porsi in collazione.

4138. — I. E primamente affermiamo i frutti e gl' interessi prodotti dalle cose donate, prima del giorno dell' apertura della successione, vanno immuni dalla collazione.

Siffatta disposizione può spiegarsi per due motivi.

4. Puossi così ragionare:

L'erede è tenuto di conferire unicamente ciò che gli fu donato;

Or i fatti o gl' interessi della cosa donatagli non gli vennero donati del pari;

Dunque non è tenuto di porli in collazione.

Pothier di fatti così spiegava l' art 509 della consuetudine di Orleans, il quale disponeva parimente i frutti della cosa donata non andar sottoposti a collazione (*Delle success.*, cap. IV, art. II, § 3); e cotesto divisamento era al certo pur quello di Basnage, quando affermava che « se i frutti del fondo donato dal padre non soggiacciono a collazione, la ragione si è non essergli giammai appartenuti (su l' art. 334 della consuetudine di Normandia).

Cotesto motivo non è al certo privo di valore; nè è vana distinzione nella scienza o nella pratica lo affermare non doversi confondere la cosa, costituente il diretto obbietto della donazione, co' frutti e gl' interessi della cosa medesima prodotti (*V.* il nostro *Trattato dell' usufrutto*, n. 327 e seg.).

Nondimeno opiniamo dover essere canti ad ammettere cotesta distinzione nella subbietta materia *delle collazioni*, correndo rischio, nel prenderla a guida, di traviare spesso e gravemente!

Bifatti l'erede non debbe forse porre in collazione non solo ciò che gli fu direttamente donato dal defunto ma ciò che gli venne pure indirettamente donato? Sì al certo (art. 43 — 762);

Or i frutti o gl' interessi della cosa donatagli, se non gli furono donati direttamente, per se, *principaliter*, gli vennero donati indi-

rettamente; *dappoichè*, come lo stesso Pothier soggiungeva (*loc. supr. cit.*), in conseguenza della donazione fattagli del fondo ne riscosse i frutti;

Dunque, volendo attenersi alla regola generale della collazione tal quale riensi fermata nell' art. 853, l'erede sarebbe tenuto a porre in collazione i frutti e gl' interessi della cosa donata, come è tenuto di conferirvi la cosa stessa: quindi insufficiente torna siffatta distinzione per ispiegare l' art. 855; ed il vero motivo di esso non è quello additato!

2. Noi già additammo il suo vero motivo (*supra*, n. 4406); cioè che l'obbligo della collazione non si applica alle cose, la cui natura e destinazione sien tali da essersi dato dal defunto e ricevuto dal successibile per spendersi ed adoperarsi a' bisogni della vita, ad alimentare e mantenere il successibile o la sua famiglia.

Cotesta verità emerge primamente dagli stessi testi; e torna impossibile il non ravvisarla nel ravvicinamento degli stessi testi; e torna impossibile il non ravvisarla nel ravvicinamento degli art. 852 ed 856.

Soggiugniamo esser d'essa eminentemente unisosa alla intenzione di chi donò e di chi ricevette tali cose, del pari che alla equità, alla eguaglianza ed eziandio allo interesse delle famiglie e dello Stato. Astringere il successibile a porre in collazione i frutti, gl' interessi, le annualità ed altro prestazioni donategli per vivere, val dire per spendersi da lui annualmente e piuttosto giornalmente, sarebbe stato ingannare la sua buona fede e tendergli insidia!

In vero il donargli annualità per vivere è ad evidenza permettergli spenderle e nulla serbarne: or il permettergli di spenderle e nulla serbarne è ad evidenza altresì esonerarlo dalla collazione!

Se diversamente avvenisse, siffatte specie di donazioni sarebbero quasi sempre, pe' successibili, cagion di rovina, per la necessità in cui li porrebbero di cooferire un cumulo enorme di frutti o interessi! e cotesto timore potrebbe far disparire molteplici stabilimentil

Tal è il motivo per cui queste specie di cose van dichiarate immuni dalla collazione.

E se abbiám creduto dovervi insistere, ci sia permesso il dirlo, la ragione si è cotesto motivo non sembrarci essersi così stabilmente fermato come doveva esserlo; e, per non essersene forse abbastanza compresa l'importanza, sonosi suggerito alcune soluzioni, le

quali debbono, a voler nostro, assolutamente eliminarsi.

1139. — A cagion di esempio è questione da lungo tempo ed ancora oggidì controversa se il successibile sia tenuto alla collazione nelle seguenti ipotesi, cioè:

Quando il defunto gli abbia promesso, col contratto di matrimonio o con altro atto, una rendita o un'annuale pensione in danaro o in natura, senza determinazione di capitale;

Ovvero, quando il defunto si obbligò col contratto di matrimonio a dargli abitazione, alimentarlo e mantenerlo insieme al suo coniuge ed a' figliuoli nati dal matrimonio, con o senza la clausola che, in caso d' incompatibilità di minori, gli psgherebbe fuori di casa per sé e pe' suoi una determinata rendita o pensione;

Oppure, quando il defunto gli abbia lasciato il godimento di uno de' suoi immobili, senza costituire usufrutto e senza spiegarsi intorno alla natura del diritto che intendeva conferirgli.

Intorno a cotesti vari punti le opinioni orano alquanto ondegianti sotto l'impero del nostro antico diritto. Non pertanto era opinione assai diffusa andar l'erede, in queste circostanze, sottoposto all'obbligo della collazione.

Denizart (v. *Collazione*) affermava gli alimenti promessi col contratto di matrimonio andar sottoposti a collazione.

E, come attesta Basnage (su l'art. 334 della consuetudine di Normandia), siffatta opinione veniva seguitata nel parlamento di Parigi.

Ma nulladimeno facea mestieri che la dottrina medesima fosse generale: Basnage attesta simultaneamente non essersi giammai ammessa in Normandia; il che è inevitabile (art. 95 de' *Placiti*); e da ultimo Pothier positivamente insegna che:

« Se il padre avesse costituito per atto tra vivi una pensione alimentare ad uno de' figliuoli, andrebbe questa immune dalla collazione pel tempo trascorso durante la vita del padre » (*De'le success.*, cap. IV, articolo II, § 3).

Le stesse divergenze proseguirono sotto l'impero del nostro codice; e per sostenere esser dovuta la collazione, in queste varie ipotesi, sonosi invocati i testi ed i principii:

Da un lato dal ravvicinamento degli art. 843 ed 856 risulta, si è detto, la cosa donata andar sottoposta a collazione, o trovarsene e-

sonerati i soli frutti e gl'interessi della cosa medesima;

D'altro lato, nelle surriferite ipotesi, le cose donate sono gli alimenti, i frutti, gl'interessi stessi; non essendovi capitale, questi frutti o interessi formano di fatti annualmente tante somme capitali costituenti il corpo stesso della donazione; e citansi in tal senso parecchi testi del romano diritto (L. IX § 1, ff. *De donationibus*; L. IV, ff. *De pact. de dotat.*; confr. Duranton, t. VII, n. 374, 375; ved. pure Demante, t. III, n. 491 bis, I).

Ma cotesta dottrina è, a parer nostro, affatto inammissibile; e crediamo aver ciò preventivamente dimostrato (supra, n. 1138):

Quando qui si ritrae argomento della formula letterale dell'art. 856, potremmo rammentar dapprima ciò che Lebrun scriveva, nella stessa congiuntura, val dire trovarci in una materia in cui l'equità può molto, ed in cui ravviensi un subbietto evidente di allontanarsi dal testo medesimo della legge per attenersi al verace suo spirito (lib. III, cap. VI, sez. III, n. 62).

Or lo spirito della legge non è forse manifesto!

2. Ma altronde non abbisogniamo di allontanarci all'uopo dal testo della legge né dai principii!

Di fatti, dobbiam convenirne, è distinzione sommamente consona a' testi ed a' principii, doversi nella donazione distinguere il principale dall'accessorio, valdire la cosa costituente il diretto oggetto della donazione da' frutti della cosa stessa;

Or che mai rende applicabile cotesta distinzione? la volontà delle parti, di chi dona e di chi riceve: ciò torna evidente! avvegna che la donazione è opera della volontà loro; ed essa non può assumere altro carattere né altri effetti tranne quelli che elleno vollero attribuirle;

Dunque, uniformemente all'a volontà del defunto che donò e del successibile che ricevette, è forza applicare, secondo i vari casi, siffatta distinzione, e tanto precisamente insegnava Ulpiano nella su riferita legge IV: *Ego arbitror interesse qua contemplatione dos sit data* (ff. *De pactis dotatilibus*).

Laonde, a cagion di esempio, noi stessi opiniamo il successibile dovere venire sottoposto alla collazione, se tale fu la volontà del defunto, rilasciandogli una porzione qualsivoglia delle sue rendite, avesse inteso rilasciarle come capitale.

A cagion di esempio, il padre ha costituito ad una delle figliuole la dote di 60,000 fr. pagabile in sei anni, e le ha delegato, per tal corso di tempo, le mercedi di un fondo locato 40,000 fr.

Indubitabilmente co' suoi frutti, con le sue rendite avrà egli pagato il capitale della dote di 60,000 fr.; ma la figliuola dovrà sempre porre in collazione i 60,000 fr.: per qual ragione? perchè il padre gliel'ha dette non come rendita, come annualità per essere spesi da lei e dal marito annualmente, ma come modo di pagamento del capitale costituito in dote, e conseguentemente formando un capitale destinato a conservarsi.

Ma per contrario il padre delegò alla figliuola, col contratto di matrimonio, le mercedi di uno de' suoi predi, e gliel'ha delegò come rendite, annualità, alimenti, infine per vivere!

Oh! allora torna manifesto la volontà sua non essere stata di formarne un capitale, nè conseguentemente di sottoporre la figliuola alla collazione.

Ed in simil caso è forza affermare ciò che forma l'obbietto diretto ed unico della donazione essere il diritto conferito al successibile di dimandare quelle annualità, diritto le cui annualità stesse non sono state che i frutti (Confr. decis. C. di Caen, 4 cam., 20 ag. 1834, Lemaigren; Boucheul, su l'art. 218 della cons. di Poitou.)

Il padre, che abbia due figliuoli, dà ad uno di essi primieramente, nel contratto di matrimonio, un capitale di 40,000 fr., e poscia, nel momento in cui l'altro vada a contrarne anche egli, il padre medesimo, non avendo alcun capitale, gli costituisce una pensione di 2000 fr., appunto per dargli una rendita eguale a quella del fratello. E pretenderebbesi che in tempo della morte del comune autore, il secondo figliuolo potesse in collazione le annualità de' 2000 fr. da lui ricevute; mentre l'altro figliuolo conserverebbe i 2000 fr. d'interessi ritratti dal capitale di 40,000 fr. Val dire questa dottrina produrrebbe la più grave ineguaglianza nella stessa ipotesi in cui il padre di famiglia avesse voluto stabilire la più ampia eguaglianza!

Ciò non basta! forse la figliuola, cui il padre promise, nel contratto di matrimonio, una pensione in contante o in natura, potrebbe dimandare al marito o agli eredi del marito,

dopo la separazione di beni o lo scioglimento del matrimonio, lo importare capitalizzato dello annualità della sua pensione? noi crediamo menomamente; nè il marito, nè gli eredi suoi dovrebbero al certo restituire cosa alcuna, qualora di fatti, come supponiamo, le annualità stesse gli si fossero recate dalla moglie come frutti destinati a spendersi per sopportare i domestici pesi: or come mai il marito non sarebbe tenuto a restituire tali frutti alla moglie, e costei sarebbe in obbligo di conferirli alla eredità del suo autore? (confr. in questo vario senso decis. C. di Nanci 20 genn. 1830, Brocard; D., 1830, II, 219; di Bastia 24 nov. 1832, Morati, D. 1833, II, 57; di Bordo 17 giugno 1846, Laffon, Dev., 4816, II, 644; 17 gen. 1851, Fondadoze, Dev., 1854, II, 513; Merlin, Rep., v. Collaz. alla eredità, § 4, art. 41, n. 9; Toullier, t. II, n. 485; Chabot, art. 856, n. 5; Malpel, n. 274, 5; Poujol, art. 856, n. 2; Toullier, t. III, p. 357—358; Zacchariae, Aubry e Rau, tom. V, p. 324.)

1140. — Ravviseremo in prosiegno, nel titolo *Delle donazioni tra vivi e de'testamenti*, se la stessa dottrina si dovesse applicare nel caso in cui la quota disponibile si trovasse già esaurita, soprattutto se cotesta quota si fosse data in anteparte allo stesso figliuolo che ricevette inoltre frutti o godimenti (confr. supra, n. 1121; Toullier, t. II, n. 489; Demante, t. III, n. 188 bis, VI.).

E siffatta eccezione altresì, se credesi doversi fare, potrà sembrare oppugnabile, atteso il testo dell'art. 928 — 845 (confr. decis. C. di Bordo 10 feb. 1831, Coffre, D., 1834, II, 84, Duvergier sopra Toullier, loc. supra cit., nota 1.).

1141. — Da questa prima disposizione dell'art. 856 risulta l'erede donatario trovarsi, alla eredità, relativamente ai frutti ed agli interessi della cosa donata, nella stessa posizione dell'usufruttuario, ed avere, riguardo ad essa, gli stessi diritti.

Dunque è mestieri applicargli gli articoli del nostro Codice, i quali determinano il modo onde l'usufruttuario acquista i frutti, durante il suo usufrutto (confr. il nostro Trattato dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione, u. 318 e seg.).

Consequentemente, ove trattisi di frutti naturali, la regola rinviensi fermata nell'art. 535 — 540.

Ove poi trattisi di frutti civili, la regola rinviensi stabilita nell'art. 586—544.

1142. — Conseguentemente neppure è da fare alcuna distinzione fra le rendite perpetue e le vitalizie (art. 588 — 513).

Ed il successibile, cui il defunto donò una rendita vitalizia, non è tenuto a conferire le annualità maturate prima dell'apertura della successione (confr. Duranton, t. VII, n. 372; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 323; Demante, t. III, n. 491 bis, 1).

1136. — Nè anche deggionsi distinguere le rendite, sia perpetue, sia vitalizie, ebe lo stesso defunto obbligossi a pagare al successibile.

Non pertanto dobbiamo affermare cotesta distinzione essersi ammessa un tempo in più provincie: anzi trovavasi fermata con l'art. 597 della consuetudine di Bretagna; ed erasi stabilita permente con l'art. 95 de' placiti di Normandia: quindi Basnage dottamente sviluppolla; e puossi ravvisare averla egli fondata su tre precipui motivi:

4. Tutte le donazioni e promesse del padre verso i figliuoli, egli diceva, divengono prive di vigore sin dal momento di sua morte; e se gl'interessi o pensioni ancor dovuti potessero prendersi su la massa comune della eredità, sarebbe questa allora un' *ante parte* che il figliuolo donatario conseguirebbe;

2. Se il donatario non è tenuto a conferire i frutti o pensioni ricevuti dal defunto, la ragione si è presumersi averli consumati per la sua sussistenza; ma non è più tempo di dimandare, dopo la morte del padre, i frutti o le pensioni da lui non ricevuti; dappoiché non può affermarsi servire alla propria sussistenza;

3. Finalmente la opposta dottrina potrebbe dar luogo a' più gravi abusi: « il padre, a cagion di esempio, *prevenuto da affezione a favore per uno de' figliuoli*, egli farebbe eccessive promesse, rimaste ineseguite nel corso di sua vita; ma, dopo sua morte, quel prediletto figliuolo, per tali promesse e non soddisfatti godimenti, lasciati oculare per incomodare suo padre e benefattore, assorbirebbe tutti i beni suoi in detrimento degli altri fratelli » (su l'art. 334 della cons. di Normandia).

S'impresero a propugnare cotesta dottrina anche dopo la promulgazione del Codice: anzi la Corte di Parigi l'aveva sancita; e Merlin l'aveva pure insegnata dapprima; ma la decisione di quella Corte venne cassata; e lo stesso Merlin abbandonò il suo primitivo sentimento per abbracciare l'opposta dottrina.

In vero noi avvisiamo siffatta dottrina essere oggidì l'unica misurata a' testi ed a' principi: t. A norma dell'art. 856 l'eredità va esente dal conferire gl'interessi dovutigli prima dell'apertura della successione;

Or da un lato gl'interessi maturati prima dell'apertura della successione gli son dovuti comunque non gli abbia effettivamente percepiti; e d'altro lato quello articolo non fa veruna distinzione fra gl'interessi dovuti al successibile da un terzo e gl'interessi dovutigli dal defunto;

Dunque in entrambi i casi il successibile ha diritto di dimandare il pagamento degl'interessi maturati prima dell'apertura della successione.

2. Obbiettasi che se il successibile non è tenuto di conferire gl'interessi ricevuti da lui, la ragione si è presumersi averli consumati, e cotesta presunzione tornare impossibile relativamente agl'interessi non riscossi da lui.

È ben vero cotesta obbiezione non essere sfornita di vigore, e noi medesimi altronde oredemmo dovercene valere in certa guisa (confr. il nostro *Trattato della distinzione de' beni, della proprietà*, ec., t. I, n. 628); ma unicamente rispetto al semplice possessore di buona fede: or non è tale il successibile, il quale reputasi aver avuto un vero diritto di usufrutto. Altronde è da riflettere che, a norma delle antiche consuetudini, accordavasi almeno al successibile l'ultimo anno degl'interessi o pensioni, che egli non aveva riscossi dal defunto: or siffatto temperamento sarebbe impossibile oggidì; ed è forza assolutamente tutto negargli o tutto accordargli: or negargli tutti gl'interessi non percepiti non sarebbe forse arrecargli una vera perdita, avendo dovuto poggiare su gl'interessi medesimi, tanto più che queste premesse d'interessi e godimenti si fanno di frequente come dotazione di stabilimento formato dal successibile donatario, e vengono destinato a provvedere a' pesi quotidiani dello stabilimento medesimo.

3. In fine, circa l'ultimo argomento, su cui poggiavasi l'antica dottrina, comechè al certo non privo di forza, non potrebbe tornare decisivo; ed osserveremo potervi essere, secondo i casi, un duplice rimedio avverso la dimanda di una considerevole massa di cumulati interessi, che l'erede donatario reclamasse dalla eredità, cioè:

Da un lato, la prescrizione quinquennale, a

norma dell'art. 2277 — 2183 (confr. Duranton, t. VII, n. 373; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 486, nota 1; Belost — Jolimont sopra Chabot, art. 856, Osserv. 2; Zachariae Aubry e Rau, t. V, p. 323; Malpel, n. 27 t. 5);

E d'altro lato, l'azione di riduzione, in conformità dell'art. 920 — 837, se ne rimanesse lesa la riserva (supra, n. 1139; Toullier, t. II, n. 486).

Dunque concludiamo il successibile donatario poter dimandare, in tutti i casi gl'interessi o godimenti dovutigli, nel momento dell'apertura della successione, sia da terzi, sia dallo stesso defunto; e siffatta conclusione ha inoltre il vantaggio di non trattare il successibile, il quale usò riguardi verso il suo autore, e più sfavorevolmente del successibile, il quale richiese da lui con rigidità il puntuale pagamento de' promessi interessi (confr. arresto C. cass. 31 marzo 1818, Chassériau, Sirey 1818, I, 213; decis. C. di Parigi 23 giugno 1818, Forestier, Sirey, 1819, II, 34; Merlin, Rep., v. *Collaz. alla eredità*, § 4, art. 11, n. 9; Chabot, art. 856, n. 3; Poujol, art. 856, n. 2; Malpel, n. 271, 5; Toullier, t. II, n. 486; Duranton, t. VII, n. 371; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 323; Massé e Vergé, t. II, p. 416; Demante, t. III, n. 491 b s 1).

1143. — La precedente soluzione dovrebbe forse applicarsi eziandio nel caso in cui il defunto si fosse costituito debitore di una rendita verso il successibile, a condizione di non pagarne annualità nel corso di sua vita?

Il successibile donatario, dopo la morte del suo autore, potrebbe forse dimandare tutte le annualità maturate dopo la costituzione medesima?

Siffatta ipotesi sarebbe singolare e sommamente eccezionale; nondimeno Basnage attesta essere avvenuta (su l'art. 334 della cons. di Normandia.)

Se avvenisse ancora, vi sarebbe luogo a esaminare in fatto qual fosse il verace carattere di tal donazione o se effettivamente consistesse in annualità, o consistesse piuttosto in un capitale, esigibile soltanto, senza interessi, nel momento dell'apertura della successione.

1144. — Ciò che abbiamo testé affermato intorno al caso in cui il successibile avesse ricevuto una rendita vitalizia (supra, n. 1141) dobbiamo parimente affermare intorno al caso in cui il successibile avesse ricevuto un diritto di usufrutto.

Conseguentemente il successibile non sarebbe tenuto a conferire i frutti da lui acquistati in forza del suo diritto di usufrutto prima dell'apertura della successione (arg. degli art. 588 e 1568 — 543 e 1381; confr. il nostro *Trattato della distrazione de' beni*, ec. t. I, n. 623, e t. II, n. 329; decis. C. di Bastia 24 nov. 1832, Morati, Dev. 1833, II, 6; di Bordò 17 genn. 1854, Fondadoue, Dev. 1854, II, 543; Proudbon, *Dell'usufrutto*, t. V, n. 23 95, 2397; Duranton, t. VII, n. 372; Demante, t. III, n. 494 bis, 1; Rodière, osservazioni su la decis. della C. di Bordò, G. del F., 1856, t. I, p. 505).

E converrebbe applicare cotesta dottrina, in qualsivoglia modo altronde il diritto di usufrutto o godimento venne conferito dal defunto al successibile; sia che gli cedette un usufrutto sopra un oggetto pertinente ad un terzo, sia che stabilì un usufrutto sopra un oggetto di cui egli medesimo era proprietario; sia finalmente che rinunziò ad un usufrutto a lui pertinente sopra un oggetto, di cui il successibile aveva la proprietà (confr. Zachariae Aubry e Rau, t. V, p. 323; ed il nostro *Trattato della patria potestà*, n. 588).

1145. — Ma è questione, la quale può sembrare di procaccio seingimento, se la stessa soluzione sia applicabile al caso in cui il defunto consentì una locazione a vil prezzo a pro di uno de'successibili.

Allora forse il successibile non dovrebbe conferire i vantaggi emersi per lui dalla differenza tra le mercedi da esso pagate ed il vero valore di quello che il defunto avrebbe potuto ritrarre da altra persona?

Per l'affermativa possono invocare i principii determinanti i diritti dell'usufruttuario, e che qui ci servono precisamente di norma: or l'usufruttuario della locazione debbe restituire il prodotto delle raccolte, il quale si considera come la stessa sostanza della cosa su cui trovasi stabilito il suo diritto (confr. il nostro *Trattato dell'usufrutto*, ec., n. 330; decis. C. di Amiens 29 genn. 1810, Berenger, Dev., 1840, II, 112; Duranton, t. VII, n. 342).

Nulladimeno non sarebbe forse più unisono a' principii peculiari della subbietta materia lo statuire cotesti vantaggi, nella intenzione del defunto e del successibile, essersi conferiti dall'uno e ricevuti dall'altro come annualità destinata a spendersi pe' bisogni della vita? è già, come è noto, soluzione sommamente oppugnata, e, convien pure confessarlo,

gravemente controvertibile, quella per cui l'usufruttuario della locazione è tenuto restituire i prodotti della stessa locazione (confr. decis. C. di Montpellier 13 marzo 1856, Crispin, D. 1857, II, 460 arresto C. cass. 49 genn. 1857, stesse parti, Dev., 1859, I, 421), ed avvisiamo incontrarsi ancora molte maggiori difficoltà nel farla prevalere nel subbietto in disamina.

È ben vero, in conformità dell'art. 853, l'erede esser tenuto di conferire gl'indiretti vantaggi racchiusi, nel momento in cui si fecero, nelle convenzioni seguite col defunto; ma è questa una generale disposizione, modificata con gli art. 852 ed 856, relativamente a vantaggi indiretti prelevati su frutti (supra n. 4093; decis. C. di Bordò 10 feb. 1834, Coffre, Dev., 1831, II, 437, Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 853, n. 4; Zachariae, Aubry & Rau, t. V, p. 324; Fouet de Confians, art. 843, n. 46).

1446. — II. La seconda regola, formulata con l'art. 856 (supra, n. 4136), si è i frutti e gli interessi delle cose sottoposte a collazione esser dovuti dal successibile donatario a computare dal dì dell'apertura della successione.

Val dire esser dovuti di pieno diritto, e senza alcuna dimanda (confr. decis. C. di Colmar 24 nov. 1857, Meyer, Dev., 1858, II, 346).

Possonsene addurre due motivi:

Da un lato, la stessa collazione aver luogo di pieno diritto, nel senso la risoluzione del titolo del donatario seguire di per sé, e le cose da conferire reputarsi, sin dal giorno dell'apertura della successione, formar parte della eredità: conseguentemente applicasi la massima: *fructus augent haereditatem*, e l'accessorio comprendesi nella massa col capitale come affermava Bourjon (Diritto com. della Francia, tit. XVII, 2 part., sez. III, numero 53);

D'altro lato si è considerato trovarsi i coeredi, sotto questo punto di veduta, gli uni riguardo agli altri, nella stessa posizione de' socii fra cui gl'interessi in generale decorrono di pieno diritto (confr. art. 1473, 1846 — 1718).

È segnatamente questo ultimo motivo ci induce a divisare che, reciprocamente, gl'indennizzamenti dovuti dalla eredità ad uno de' coeredi debbano produrre interessi di pieno diritto a computare dal giorno dell'apertura della successione: in vero questa logica reci-

procanza è pure sommamento equa (confr. Duranton, t. VII, n. 390; Chabot, articolo 862, n. 3; Zachariae, Aubry & Rau, t. V, p. 338).

1447. — È ben vero che, in conformità all'art. 928 — 845, il donatario sottoposto all'azione di riduzione, non dee restituire i frutti o computare dal giorno della morte del donante, tranne quando la dimanda di riduzione fu fatta entro l'anno; e che nell'opposto caso, debbo i frutti soltanto dal giorno della dimanda.

Ma, a prescindere che i due motivi per cui spiegammo l'art. 846, non applicarsi al donatario sottoposto all'azione di riduzione, conviene osservare ancora altra differenza tra la collazione e la riduzione.

L'erede donatario, il quale accettò la eredità, non può farsi alcuna illusione intorno al suo titolo; e debbe conoscere essere da parte sua inevitabile la collazione.

Mentre in materia di riduzione il donatario, il quale può ignorare l'ampiezza de' beni ereditari e lo importare delle liberalità, può credere fondatamente non venire colpito da veruna riduzione, laddove trascorre un anno senza alcuna dimanda dal dì della morte del donante.

1448. — È uopo ancor qui applicare le regole riguardanti l'usufrutto.

È come prima dell'apertura della successione il successibile donatario tra gli stessi diritti dell'usufruttuario, così del pari dopo l'apertura della successione, va pure sottoposto alle stesse obbligazioni (supra, n. 4148; così il nostro Trattato dell'usufrutto, ec., n. 635 — 638).

1449. — L'art. 856 è generale; e conseguentemente applicasi in tutti i casi in cui siavi luogo a collazione, in qualsivoglia modo altronde segua la collazione, sia in natura, sia prendendo tanto di meno.

Se facciasi in natura, debbasi applicare, secondo i casi, l'art. 585 — 549, pe' frutti naturali, e l'art. 586 — 541 pe' frutti civili, ponendosi mente nulladimeno, circa i frutti naturali pendenti da rami o attaccati alle radici, nel momento dell'apertura della successione, doversi compensare al coerede donatario le spese di coltivazione e semenzie fatte da lui (arg. dagli art. 864, 862 — 780, 781; confr. Lebrun, lib. III, cap. VI, sez. III, n. 55).

1450. — Non pertanto, nel caso di collazione in natura, il successibile donatario non

dee i frutti o gl' interessi se non quando la cosa soggetta a collazione sia effettivamente fruttifera.

Imperocchè l'art. 856 l'astrioge a conferire semplicemente i frutti o interessi *delle cose soggette a collazione*; il che implica le cose stesse essere suscettive di produrre frutti o interessi.

Ed il medesimo motivo della legge richiede così; avvegnachè i frutti e gl' interessi son dovuti di pieno diritto a computare dal giorno dell' apertura della successione, reputandosi la cosa soggetta a collazione di pieno tornare da quel giorno: or essa ha potuto tornarvi tal quale è; e se non sia fruttifera, tanto peggio per la eredità (confr. l'emanato, t. III, n. 488 bis, l.).

154. — L'art. 856 è parimente, noi diciamo, applicabile nel caso in cui la collazione abbia luogo col prendere tanto di meno.

Quindi il successibile, cui vennero donati mobili, ed al quale è tenuto semplicemente, come ravviseremo, di conferirne il prezzo (art. 868 — 787), debbe gl'interessi del prezzo medesimo a computare dal giorno dell' apertura della successione (confr. Lebrun, lib. III, cap. VI, sez. III, n. 59; Toullier, t. II, n. 487; Duranton, t. VII, n. 369; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 356).

155. — La corte di cassazione giudicò dall'art. 856 non emergere non potere il magistrato, secondo i casi, ordinare la compensazione, sin dal giorno stesso dell'apertura della successione, fra' valori soggetti a collazione, per guisa da non produrre, da ambe le parti, nè frutti nè interessi.

Di fatti il padre aveva donato tra vivi ad uno de' figliuoli una somma di danaro, ed all'altro un immobile.

Un lungo intervallo di tempo era trascorso dall' apertura della successione sino alla liquidazione; ed erasi convenuto le reciproche collezioni, cui andavano sottoposti i due coeredi, doversi fare col prendere tanto di meno.

In tale stato di cose venne deciso gl' interessi della somma di danaro doversi compensare a computare dal giorno dell' apertura della successione co' frutti dell' immobile.

Ma nulladimeno il danaro rappresentava interessi al cinque per cento, mentre l'immobile li rappresentava al due e mezzo e al tre per cento!

Ed era questa di fatti l' obbiezione che facevasi.

Ma la Corte rispose nel seguente modo:

« Atteso che la disposizione dell' art. 856, a norma di cui i frutti e gl'interessi delle cose sottoposte a collazione son dovuti a computare dal dì dell' apertura della successione, non impone al magistrato, nè esplicitamente, nè implicitamente, alcuna regola assoluta intorno al modo da osservare per la liquidazione de' frutti ed interessi predetti, e quindi gli lascia la facoltà di determinare questa liquidazione, come richiegano le circostanze, uniformandosi al principio, fondamentale io tal materia, della eguaglianza fra' coadividenti; — Atteso che quindi, ordinando, nella specie, che la compensazione de' valori sottoposti a collazione avesse luogo in capitale, nel giorno dell' apertura della successione, per ovviare alla considerevole ineguaglianza risultante da una competenza de' frutti sino al giorno del termine della liquidazione, atteso la varia natura de' valori da conferire e la lunga durata della liquidazione... » (Arresto 49 giugno 1852, de Terreboesse, Dev., 4852, I, 271, confr. arresto C. cass. 24 feb. 1852, Combe, D., 4852, I, 43).

Noi opiniamo cotesta equa dottrina neppure essere contraria a' principii, e di fatti nulla impedire che si stabilisca, a cominciare dal giorno dell' apertura della successione, lo stesso equilibrio, che di necessità si stabilisce a cominciare dalla divisione, fra le rendite eguali o ineguali de' valori componenti ciascuna quota, avuto riguardo alla diversa natura de' valori medesimi.

C. Della collazione de' debiti.

SUMMARY

1153. — Esposizione.

1154. — Dell'obbligo della collazione applicato a' debiti sul nostro antico diritto francese.

1155. — Precisamente in conformità di queste tradizioni gli autori del Codice Napoleone stabilirono la collazione de' debiti. — Testi degli art. 829, 830 ed 831.

1156. — Divisione.

1157. — 1. Su quali motivi è poggiato l' obbligo della collazione applicato a' debiti? ed in quali casi ha luogo?

1158. — Continuazione.

1159. — Continuazione.

1160. — Continuazione. — Del caso in cui l'erede debitore rinuncia alla eredità.

1161. — U. Quali sono gli effetti della collazione de' debiti?

1162. — A. Il debito sottoposto alla collazione diviene forzatamente a computare dal giorno dell' apertura della successione.

1163 bis. — La precedente soluzione ha esclusa l'idea se-

guire calando nel caso in cui la somma da conferirsi dall'erede debitore fosse più considerevole della sua quota ereditaria?

1164. — B. Il debito sottoposto alla collazione produce forse interessi di pieno diritto secondo la tassa legata ed ordinaria a computare dal giorno dell'apertura della successione?

1165. — C. La porzione ereditaria dell'erede debitore va forse destinata allo adempimento della collazione del debito?

1166. — C. Continuazione. — Quid relativamente a' creditori particolari dell'erede debitore?

1167. — Da quanto procede risulta una novella obbligazione sorgere, a computare dal giorno dell'apertura della successione, a pro degli altri coeredi dal parto del coerede debitore. — Conclusione.

1168. — Continuazione.

1169. — III. A quali debiti si applica l'obbligo della collazione? — Distinzione de' debiti in due principali categorie.

1170. — A. De' debiti, di cui uno degli eredi era tenuto verso il defunto prima dell'apertura della successione.

1171. — 1. De' debiti avvenuti per causa un prestito gratuito o altra disinteressata anticipazione fatta dal defunto al suo successibile.

1172. — 2. De' debiti derivanti da prestito interessato, ovvero, più generalmente, da un contratto qualunque a titolo oneroso, seguito solamente a di buona fede tra il defunto ed il successibile.

1173. — Continuazione.

1174. — Continuazione.

1175. — 3. De' debiti contratti in origine dal successibile verso un terzo, di cui il defunto sia poscia divenuto l'avente causa, il cessionario o l'erede.

1176. — 4. De' debiti provenienti, sia da quasi-contratti, sia da delitti o quasi-delitti commessi dal successibile verso il defunto.

1177. — B. De' debiti di cui i coeredi possono essere tenuti rispettivamente per cause posteriori all'apertura della successione.

4153. — Più volte avremmo occasione di parlare della collazione de' debiti; e ciò che già dicemmo ci permetterà di circoscrivere in più angusti confini lo studio speciale propostoci di qui farne.

Non pertanto ci sembra indispensabile il fare tale studio, sia perchè le spiegazioni precedentemente da noi date intorno a questo subbietto non sono compiute; sia perchè, sparse ne' vari luoghi del nostro lavoro, non offrono, nel suo complesso, la generale teorica dell'obbligo della collazione applicato a' debiti; la quale importante teorica è indispensabile fermare su le vere sue basi.

4154. — Era un tempo, fra gli autori del nostro diritto consuetudinario, segnatamente verso gli ultimi tempi, massima indubitata doversi la collazione da figliuoli tanto de' pre-

stiti quanto de' doni fatti loro dagli ascendenti.

Ciò viene attestato da Lebrun in un luogo notevole nella seguente guisa:

« Il figliuolo, il quale prese a prestanza dal padre una somma di danaro, è in obbligo di cooferirla alla eredità, in conformità de' giudicati comuni nelle raccolte; e questa giurisprudenza poggia sul motivo che il padre, il quale dia a prestanza e non esiga nel caso di sua vita, presumersi donare per anticipazione di eredità; — che altronde il prestito fatto dal padre diverrebbe un vantaggio, se non fosse soggetto a collazione; e che la prima regola della collazione è l'uguaglianza, la quale troverebbesi lesa per mancanza di collazione tanto di ciò che venne prestato quanto di ciò che venne donato; avvegnachè il figliuolo può avere creditori anteriori al padre, i quali, per l'antiorità delle ipoteche, dovranno graduarsi, prima de' coeredi, su gli immobili di cui il figliuolo debitore sarà erede: quindi il figliuolo trarrà doppio profitto, se i suoi coeredi non abbiano la facoltà d'imputargli il debito su la sua quota ereditaria: e ciò appunto fece stabilire l'uso della collazione del debito in linea retta. » (Lib. III, cap. VI, sez. II, n. 2).

E poco appresso quello autore soggiugne « la collazione o l'imputazione del debito dell'erede verso il defunto su la quota ereditaria reputarsi giusta e ragionevole, che comunque sia dimostrato, nella consuetudine di Parigi e simiglianti, la collazione non aver luogo in linea collaterale, nulladimeno si è stabilito, dietro una celebre dissertazione forense, potersi imputare allo stesso erede collaterale, su la sua quota ereditaria, ciò che doveva alla eredità, in detrimento de' suoi creditori, il cui credito fosse anteriore a quello del defunto. » (Loc. supra cit., n. 7).

Altronde tutti i nostri antichi giureconsulti son di accordo nel confermare, su tal punto, l'asserzione di Lebrun (cofr. Pothier, *De' success.*, cap. IV, art. 41, § 41, ed *Introd.* al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 78; Duplessis, *Delle success.*, p. 208; Bourjon, *Dritto com. della Francia*, tit. XVII, II parte, cap. VI, sez. II, n. 8, e sez. IV, n. 47-50).

4155. — Ad evidenza in conformità di coteste tradizioni della nostra antica giurisprudenza gli stessi autori del Codice Napoleonico applicarono a' debitori l'obbligo della collazione.

Primamente i testi in disamina sono i seguenti.

Art. 829 — 748. « Ciascuno de' coeredi a norma delle regole che saranno stabilite in appresso conferisce nella massa tutto ciò che gli è stato donato, e le somme di cui è debitore ».

Art. 830 — 749. « Se la collazione non è fatta in natura, i coeredi a' quali è dovuta, prededucano una porzione eguale su la massa ereditaria.

« Queste prededuzioni, per quanto è possibile, si formano con oggetti della stessa natura, qualità e bontà di quelli che non sono stati conferiti in natura ».

Art. 831 — 750. « Dopo le dette prededuzioni, si procede sopra ciò che rimane in massa, alla formazione di altrettante parti eguali quanti sono gli eredi o le stirpi dividenti. »

Siffatti testi parrebbero, come ben si scorga, stabilire una compiuta assimilazione fra le collazione de' debiti e quella delle donazioni; avvegnachè da un lato l'art. 829 invia, pe' debiti come per le donazioni, alle regole che saranno stabilite in appresso, val dire gli art. 843 e seg. — 762, costituenti la sezione intitolata: *Delle collazioni*; e d'altro lato l'art. 830, susseguente all'art. 829 ed il quale ne è lo sviluppo, applica del pari a' debiti ed alle donazioni il duplice modo onde la collazione può aver luogo, sia in natura sia col preedere tanto di meno.

Nondimeno cotesto primo cenno riuscirebbe pur troppo generale; ed è rilevante il determinare in più preciso modo l'ampiezza ed il limite di cotesta assimilazione fra' debiti e le donazioni, sotto il punto di vista dell'obbligo della collazione.

1156. — All'uopo ci faremo a successivamente disaminare tre principali punti, cioè:

I. Su quali motivi sia fondato l'obbligo della collazione applicato a' debiti; ed in quali casi abbia luogo.

II. Quali sieno gli effetti dell'obbligo della collazione de' debiti;

III. Finalmente a quali debiti si applichi l'obbligo della collazione.

4137. — I. La collazione de' debiti, del pari che la collazione delle donazioni e de' legati, fu precipuamente istituita, per serbare fra' coeredi l'eguaglianza, che assai di frequente avrebbe potuto, come affermava Lebrun, rimanere lesa tanto per mancanza di colla-

zione delle donazioni (loc. supra cit.).

Ed al legislatore tanto più addicevasi lo stabilire cotesto obbligo di collazione in quanto che poggia sopra parecchi diversi motivi militanti a spiegarlo e giustificarlo nelle varie applicazioni onde è suscettivo;

1. Esso poggia primieramente, rispetto a' prestiti gratuiti, o più generalmente alle anticipazioni di tal genere. fatti dal defunto al successibile, sul motivo i prestiti o anticipazioni medesimi costituire un vantaggio a pro del successibile (supra, n. 4084).

2. È naturale il credere similmente il defunto, divenendo creditore di uno de' successibili, aver poggato, nello interesse degli altri successibili, che la porzione ereditaria del successibile debitore garantirebbe ad essi la riscossione del credito medesimo, e cotesta destinazione costituire una garanzia avverso la ineguaglianza, che il debito avrebbe potuto produrre contro di essi.

3. Quando debbasi dividere una massa comune, è regola generale di diritto e di equità che se uno de' dividendi si trovi possedere una porzione di questa massa, e non voglia o non possa riporvela in natura, per dividersi la totalità, gli altri dividendi possono imputare, su la quota spettatagli, la porzione che possiede, e prelevare, alla lor volta, su' beni componenti la massa, una porzione eguale a quella già posseduta dal dividente: di fatti è manifesto il dividente stesso poter dimandare unicamente la porzione cui ha diritto nella massa: or suppongasi già possedere, sia tutta, sia alcuna parte della sua quota di beni pertinenti alla massa: dunque non può più dimandare, su gli altri beni, se non ciò che gli manca per compiere la quota cui ha diritto: poco monta all'uopo che sia solvibile o insolubile; dappoichè trattasi pagarlo esso medesimo con ciò che dee; ciascuno è solvibile verso sè medesimo: *Unusquisque sibi solvendo videtur; et quod ad se attinet, dives est.* con massima eleganza diceva Ulpiano (l. 82, ff. ad leg. Falcidiam);

Or la collazione de' debiti non è altra cosa!

In vero il debito è una porzione dell'attivo ereditario; e se l'erede debitore nol paghi in natura, è conseguenza nel nostro principio doversi imputare su la quota sua, ed i coeredi esercitare su la massa un eguale prelevamento.

4. Finalmente il coerede debitore, il quale potrebbe riunire alla eredità e l'accreti, ha dovuto considerarsi dare, con la stessa ac-

cezzazione, il suo volontario assentimento a tale destinazione, a pro de' coeredi, della sua quota ereditaria per riscossione del debito cui è tenuto verso la eredità.

1158. — Per poter sorgere l'obbligo della collazione di un debito sono indispensabili due condizioni: è uopo:

1. Che siavi stato debito in origine;

2. Che sussista ancora il debito nel momento dell'apertura della successione.

Dalle quali cose è mestieri inferire non esservi luogo a collazione:

Se il debito si fosse pagato dal successibile al defunto;

Ovvero si trovasse estinto in altra guisa, mercè compensazione, remissione o prescrizione, ec. (art. 1234 — 1157).

Nondimeno converrebbe, se si trattasse di remissione, che non fosse stata volontaria; costituendo la remissione volontaria un dono di liberazione (supra, n. 1084).

Ed eziandio, relativamente alla remissione forzata ed alla prescrizione, abbiamo già osservato che esse libererebbero l'erede dalla collazione sol quando si trattasse di debito emergente da interessato contratto fra lui ed il defunto; ma che sarebbero inefficaci a liberarelo, se si trattasse di prestito gratuito, costituente a suo pro un vantaggio (supra, n. 1083).

1159. — Ben si comprende essere pur mestieri, per essere l'erede tenuto alla collazione del debito, che si trovi debitore della stessa eredità, cui pretendesi doversi fare la collazione medesima.

Di fatti come la collazione delle donazioni si fa alla eredità del donante (art. 850 — 769), così del pari ad evidenza la collazione de' debiti si fa alla eredità del ereditore.

A cagion di esempio, se dunque il figliuolo sia debitore di una somma per metà verso il padre e metà verso la madre, la collazione del suo debito debbe aver luogo per metà nella eredità di ciascun di essi; e ciò può tornare di grave importanza per lui, o segnalatamente per suoi particolari ereditori (confr. infra, n. 1163; arresto C. cass. 31 marzo 1816; Michel, Dev., 1816, I, 337; Lehmann, lib. III, cap. VI, sez. II, n. 4; Pothier, Introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 87).

1160. — Da ultimo torna manifestato la collazione de' debiti, al pari di quella delle donazioni e de' legati, doversi dall'erede che concorre alla eredità (art. 843, 919 — 762 b35; supra, n. 957); ed è questo al certo il

senso dell'art. 829, il quale, sottoponendo l'erede alla collazione delle somme di cui va debitore, a norma delle regole che saranno stabilite a appresso, si applica conseguentemente nel solo caso in cui siavi luogo alla collazione, secondo tali regole, val dire in caso di accettazione della eredità da parte dell'erede.

Ma allora, se l'erede debitore rinunzi, che mai avverrà?

Avverrà semplicissima cosa!

Rimane ciò che era, val dire rimasto debitore verso la eredità allo stesso titolo che lo era verso il defunto; avvegnacchè la sua rinunzia, come ben si comprende, non potrebbe costituire per lui un mezzo di liberazione dal debito l' o l'art. 843 — 764 non è qui suscettivo di veruna applicazione.

In somma in tal caso evvi luogo a pagamento, e non già a collazione (confr. Lehmann, lib. III, cap. VI, sez. II, n. 3; Demante, t. III, n. 462 bis.), e n. 187 bis., IX; Labbé, Rivista pratica di diritto fran ese, 1859 t. VII, p. 498).

1161. — In secondo luogo ci abbiain proposto di esaminare quali sieno gli effetti della collazione dei debiti (supra n. 4159).

Ovvero, in altri termini, se la collazione de' debiti produca gli stessi effetti della collazione delle donazioni.

Or puossi affermare la collazione delle donazioni produrre principalmente tre effetti, cioè:

A. La immediata esigibilità a computare dal giorno dell'apertura della successione (art. 850 — 769);

B. Il decorrenimento degl'interessi (o dei frutti) di pieno diritto a computare dalla stessa epoca (art. 856 — 775);

C. La destinazione della quota ereditaria dell'erede alla esecuzione della collazione, cui va sottoposto: dalle quali cose conseguita, pe' coeredi, il diritto d'imputare su la quota la cosa donatagli, e prelevare, in preferenza a' suoi particolari ereditori, una porzione eguale su la massa ereditaria (art. 830, 865 — 749, 787).

Questi tre effetti della collazione delle donazioni son forse applicabili alla collazione dei debiti?

1162. — A. E primamente il debito sottoposto alla collazione addivene forse immediatamente esigibile a computare dal giorno dell'apertura della successione, anche quando fusse a termine o questo non fosse ancora giunto?

Manifesta è l'affermativa!

In vero l'art. 829 applica alla collazione de' debiti le regole appresso stabilite per la collazione delle donazioni;

Or, fra queste regole, rinviensi l'art. 850, da cui emerge l'obbligo della collazione divenire esigibile sin dal giorno dell'apertura della successione;

Dunque l'art. 859 è applicabile alla collazione de' debiti del pari che alla collazione de' donazioni (confr. Lebrun, *loc. supra cit.*, n. 47; Grenier, *Delle donaz. e de' test.*, t. II, n. 522; Chabot, art. 843; Duranton, t. VII, n. 312; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 382; Demante, t. III, n. 187 bis, VIII).

1162 bis. — La testè esposta soluzione dovrebbe forse seguitare, eziandio nel caso in cui la somma da conferirsi dall'erede debitore fosse più considerevole della sua quota ereditaria?

Tal questione non può sorgere quando trattisi di donazione; avvegnachè l'erede, quando vada sottoposto alla collazione della donazione eccedente la quota ereditaria, non manca in generale di liberarsene col rinunziare; mentre non liberando la rinunzia l'erede debitore della collazione del debito, ha sempre in tal caso interesse ad accettare, per liberarsi, almeno fino alla debita concorrenza, mercè imputazione su la quota ereditaria (*supra* n. 1153).

Ebbene l'adunque l'erede debitore continuerà forse a godere del beneficio del termine per la porzione del suo debito eccedente la quota ereditaria?

Sotto l'impero del nostro antico diritto Bourjon insegnava la negativa (*loc. supra cit.*, n. 9).

E cotesta dottrina ci parrebbe ancor ben fondata o-gidi, supponendo però trattarsi di debito effettivamente sottoposto a collazione, nel caso di debito provento da prestito gratuito o altra anticipazione di siffatto genere, costituente un vantaggio procacciato al successibile dal defunto.

Non pertanto Labbé insegna una opposta soluzione; e, a credere del nostro onorevole collega, se il defunto avesse consentito al successibile un prestito senza interessi, l'apertura della successione non renderebbe il debito medesimo esigibile verso l'erede perciò che eccedesse la sua quota ereditaria, se non fosse ancor giunta la scadenza: se non che dovrebbe pagare interessi al massimo della tassa legale, dappoichè il gratuito godimento

del capitale prestato è una liberalità, che dee porre in collazione (*loc. supra cit.*, p. 588).

Cotesta soluzione è una conseguenza della teoria di Labbé, il quale non fa alcuna differenza tra il prestito gratuito e quello interestato (*supra*, n. 1084).

Ma siccome non abbiamo ammesso la teoria stessa, così non potremmo ammetterne le conseguenze.

Di fatti, a norma dell'art. 829, l'erede dee porre in collazione nella massa i debiti suoi, a norma delle regole che saranno stabilite in appresso per la collazione delle donazioni fattegli;

Or, in conformità dell'art. 850, il quale forma parte delle regole stabilite in appresso l'obbligo della collazione delle donazioni sorge e diviene esigibile a computare dal giorno dell'apertura della successione;

Dunque a computare da tal giorno sorge e diviene esigibile altresì l'obbligo della collazione de' debiti.

Di fatti il legislatore considerò il vantaggio procacciato in questo caso dal defunto al successibile consistere nel possesso stesso del capitale gratuitamente anticipatogli, e quindi il capitale medesimo dover tornare alla eredità, col prendersi tanto di meno, o in natura, secondo i casi, per effetto dell'obbligo della collazione.

E ben vero l'erede debitore potersi trovare così sottoposto, più o meno inopinatamente, a conferire nella eredità le somme prestategli dal defunto; ma dovette antivedere entesio evento, e vi si trova soggetto; avvegnachè tale è l'effetto dell'obbligo della collazione da lui contratto, nel ricevere siffatta gratuita anticipazione dal defunto (confr. Demante, t. III, n. 187 bis, III; e *supra*, n. 1039 e 1064).

1163. — B. Il debito, sottoposto alla collazione, produce forse interessi di pieno diritto, alla tassa legale ed ordinaria, a computare dal giorno dell'apertura della successione, anche quando non ne producesse durante la vita del defunto, ovvero ne producesse ad una tassa ridotta ed inferiore alla tassa legale?

È indispensabile la stessa risposta, e per lo stesso motivo.

L'art. 856, al pari dell'art. 850, va annoverato fra le regole, che l'art. 829 dichiara applicabili alla collazione de' debiti;

Dunque i debiti soggetti a collazione debbono, al pari delle donazioni, produrre di pieno diritto interessi alla tassa legale a computare

dal giorno dell'apertura della successione.

Di fatti lo stesso motivo di eguaglianza, il quale fece stabilire la collazione del capitale, doveva fare stabilire eziandio la collazione degli interessi a computare dal giorno medesimo (confr. arresto C. cass. 2 feb. 4819, Chevalier Sirey, 4849, I, 267; Duranton, t. VII, n. 369; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 302; Demante, t. III, n. 187 bis, VIII).

Non pertanto dobbiamo far qui una importante osservazione, comune alla esigibilità ed al corso degli interessi applicati alla collazione de' debiti, cioè che questi due effetti riguardano quei debiti emergenti da prestiti gratuiti o più generalmente da anticipazioni di tal genere, fatti dal defunto al successibile e costituenti un vantaggio a pro di costui (infra, n. 1051—1055).

1164. — C. Finalmente moviamo questione se la quota ereditaria dell'erede debitore sia destinata alla escossione della collazione del debito, cui va sottoposto verso la eredità; talchè i coeredi possono imputare su la sua quota lo importare del debito medesimo e prelevare una porzione eguale su la massa ereditaria.

Primamente l'affermativa non potrebbe oppugnarla circa il coerede debitore rispetto agli altri coeredi.

Imperocchè, da un lato l'art. 829, il quale invia alle regole appresso stabilite, applica così alla collazione de' debiti questo terzo effetto della collazione delle donazioni, come i due primi effetti, che lesi osservammo esserle applicabili;

E d'altro lato questo terzo effetto vien pure affatto specialmente applicato alla collazione de' debiti, come alla collazione delle donazioni, dall'art. 830, il quale si annoda all'art. 829; abbechè non faccia ad evidenza se non desumere una conseguenza comune alla collazione de' debiti ed a quella delle donazioni dalla regola comune, fermata di fatti dall'art. 829 per l'una come per l'altra.

1165. — Ma tale effetto della collazione de' debiti ha forse parimente luogo, rispetto a' particolari creditori dell'erede, sottoposto alla collazione di un debito verso la eredità?

In altri termini la porzione ereditaria di questo erede va forse destinata alla escossione della collazione, cui trovasi sottoposto, per guisa da avere i suoi coeredi il diritto d'imputare su la quota lo importare del debito, e prelevare, in preferenza de' suoi particolari

creditori, una egual porzione su la massa ereditaria?

Tal questione fu controversa sotto l'impero del nostro antico diritto: Lebrun ci fa sapere aver formato nel foro il subbietto di una celebre dissertazione; e dopo avere egli medesimo esposto le ragioni a pro de' creditori e contro l'imputazione, e le ragioni a pro dei coeredi e della imputazione, conchiude essere indubitato la quota dell'erede debitore dover rispondere della sua insolubilità (lib. III, cap. VI, sez. II, n. 7).

Di fatti era questa un tempo la dottrina generalmente ammessa.

« Ciò avrebbe luogo, insegnava pure Bourjon, ancorchè il figliuolo debitore fosse insolubile, e per la sua insolubilità i suoi creditori soggiacessero a perdita. » (Loc. supr. cit., n. 49).

Non pertanto dubbi e divergenze hanno avuto luogo, su tal punto, sotto l'impero del nostro novello diritto.

In vero non potrebbero forse, nello interesse de' particolari creditori dell'erede debitore, così ragionare:

Ciò che i coeredi dell'erede debitore dimandano qui è un privilegio su la porzione ereditaria del coerede in detrimento degli altri suoi creditori;

Or, da un lato; s'assistono i soli privilegi stabiliti dallo stesso testo della legge; e d'altro lato nessun testo di legge ha stabilito privilegio simigliante pe' coeredi; dappoichè gli art. 829 ed 830, i quali determinano le rispettive relazioni de' coeredi tra essi, per maggiormente agevolare le operazioni della divisione, non possono invocarsi contro i particolari dell'erede e modificar non potrebbero i loro diritti;

Dunque i coeredi dell'erede debitore, succeduti nel credito del defunto, godono gli stessi diritti del defunto; dunque, se il credito non fosse privilegiato in persona del defunto, non parrebbe esserlo in persona loro (confr. Grenier, *Delle ipot.*, t. I, n. 459; Vazeille, art. 830, n. 3; Duranton, t. VII, n. 342; ed infra le altre citazioni).

Nulladimeno noi opiniamo essere indubitato ancora oggidì, come affermava un tempo Lebrun (*supra*), i coeredi dell'erede debitore potere, eziandio in preferenza de' particolari creditori di costui, prelevare su la massa ereditaria una porzione eguale allo importare del debito soggetto a collazione:

1. L'assoluta generalità degli art. 829, 830

ed 831 ad evidenza ripugna ad ogni distinzione; e non potrebbesi di fatti, senza violare il testo medesimo di quegli articoli, introdurre una distinzione fra lo stesso erede debitore individualmente ed i creditori particolari dell'erede medesimo.

2. Altronde cotesta distinzione vien del pari prescritta da' principii e da' testi.

I creditori particolari dell'erede, quando vogliono esercitare i diritti del loro debitore, nella divisione della eredità, reputansi suoi aventi causa; e conseguentemente non possono avere diritti maggiori di quelli dello stesso loro debitore: precisamente in tal senso Lebrun affermava col massimo fondamento, eziandio nella quistione in disamina, il diritto dell'erede debitore regolar quello de' suoi creditori (loc. *supr.* cit.);

Or, da un lato, dovendo l'erede debitore sottoporsi al prelevamento, che i suoi coeredi han diritto di fare su la massa ereditaria, gli stessi creditori suoi debbono del pari ad evidenza sottoporvisi; e d'altro lato, essendo questi prelevamenti un modo legittimo di divisione, mercè di cui gli altri coeredi possono conseguire le porzioni ereditarie loro spettanti, debbono produrre gli effetti della divisione; e conseguentemente, a norma dell'art. 833 — 803, l'erede debitore reputasi non aver mai avuto la proprietà degli effetti compresi ne' prelevamenti medesimi;

Dunque i suoi particolari creditori non possono pretendere esercitarvi alcun diritto da parte sua.

3. Chieggonsi de' testi; ed esclamasi non esservi altri privilegi tranne que' li scritti nella stessa legge!

De' testi!

Ma ecco gli art. 829, 830 ed 831! non sono forse positivi?

E quando parlasi qui di privilegio, soggiungendo che gli altri eredi essendo succeduti nel credito del defunto, non hanno, contro il coerede debitore, diritto maggiore di quello dello stesso defunto, noi opiniamo cadersi in grave errore!

In vero gli altri creditori, non sono più semplicemente creditori dell'erede debitore, avendo, come il loro autore, diritto di dimandare il pagamento del debito.

Sono altresì i coeredi dell'erede debitore, avendo in questa qualità il diritto di dimandare la collazione del debito medesimo!

E quando dimandano la collazione, non sono più creditori, ma coeredi!

Dunque non esercitano un privilegio: limitansi a dimandare la loro quota, e sostenere aver diritto di conseguirla in natura su la massa ereditaria, se il coerede non conferisca in natura, i valori, che è tenuto conferirvi.

E dimostra agire in ciò come coediventi o non come creditori la circostanza che egli non prelevano beni in natura su la massa ereditaria: or il creditore non può apparentemente soddisfarsi in natura su' beni del debitore: egli ha semplicemente diritto di farli pignorare e vendere per soddisfarsi sul prezzo: dunque i coeredi prelevanti procedono quindi ad un modo di divisione positivamente permesso dal testo degli articoli in esame, e consono del pari a' principii del diritto ed alla equità.

4. Eb! ma precisamente con quello scopo, per preservare i coeredi dalla insolubilità dell'erede debitore e dalla concorrenza dei suoi creditori particolari, venne stabilita la collazione de' debiti i precitati luoghi di Lebrun e Bourjon li dimostrano nel più esplicito modo (*supra*, n. 4153; *confr.* Ducanroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 742; Demante, t. V, p. 302; ed *infra*, n. 4175, le citazioni).

1166. — Dal fin qui esposto risulta sorgere una novella obbligazione a computare dal giorno dell'apertura della successione, a pro degli altri coeredi, da parte del coerede debitore, cioè l'obbligo della collazione del debito, cui comincia da tal giorno ad essere sottoposto.

E tale obbligo debbe quindi andar soggetto alle regole ad esso proprie, val dire alle regole della collazione.

Laonde non potremmo plaudire la decisione della Corte di Grenoble, onde venne giudicato la prescrizione cominciata a pro dell'erede debitore avverso il defunto poter continuare e compiersi, contro i suoi coeredi, in guisa da estinguere verso costoro eziandio l'obbligo della collazione (Decis. 18 ag. 1845, Laroche, Rev., 1846, II, 229).

E' possibile la prescrizione del debito, finchè questo perduri, poter proseguire e compiersi dopo l'apertura della successione.

Ma ci sembra contrario a' testi ed a' principii che l'obbligo della collazione, il quale si confonde con l'azione di divisione, non perduri tanto quanto perdura la stessa azione di divisione (*confr.* art. 829, 830, 843, 850, ed 1045—748, 749, 762, 769, 734; *supra*, n. 1085).

1167. — E nondimeno tutto ciò vuol forse

dinotare l'obbligo della collazione, cui l'erede debitore comincia ad essere sottoposto, a computare dal giorno dell'apertura della successione, estinguono l'obbligazione alla quale andava soggetto per l'antico titolo?

È principalmente manifesto non estinguerla riguardo a' creditori della eredità ed a' legatari, verso cui questo novello obbligo della collazione non ha luogo (art. 857 — 776), e verso cui nondimeno il debito dell'erede prosegue al certo a sussistere come un elemento dell'attivo ereditario.

Ma avvisiam pure cotesto debito continuar del pari a sussistere, con l'antica sua causa e col suo primitivo titolo, verso i coeredi dello erede debitore; ed osserviamo potere eglino avere interesse ad esigerne a questo titolo il pagamento anziché la collazione: avvegnachè il debito medesimo può venire garantito con cautele, privilegi, ipoteche o fideiussioni: il termine onde venne contratto potette stipularsi eziandio nello interesse del creditore.

Or siam di credere che, quando vi abbiano interesse, i coeredi possono invocare il titolo del debito stesso, ed assumere la qualità di creditori riguardo al coerede debitore:

In vero da un lato il debito può venir dichiarato estinto solo per un de' modi di estinzione ammessi dalla legge (art. 1234 — 1187);

Or la morte del creditore non è un modo di estinzione del debito anche quando il debitore sia uno degli eredi del creditore.

E d'altro lato, se un obbligo novello, se l'obbligo della collazione ha luogo allora a pro de' coeredi, ha luogo di fatti a lor pro soltanto e nel loro interesse, per procacciare loro, con metodo più spedito e sicuro, la riscossione del credito; ma sarebbe trasgredire il vero intendimento del legislatore il ritorcere contro di essi cotesto favore, per guisa da farli decadere dagli anteriori diritti competenti al defunto.

Dunque concludiamo gli altri eredi poter presecuire o di dimandare la collazione come coeredi, o di dimandare il pagamento come creditori, attenendosi all'antico titolo (confr. Demante, t. III, n. 487 bis. X).

1168. III. — Rimane a conoscere a quali debiti si applichi l'obbligo della collazione.

Or all'uopo convien distinguere principalmente due categorie di debiti:

A. I debiti, al cui pagamento uno degli eredi era tenuto verso il defunto, prima dell'apertura della successione,

B. I debiti, al cui pagamento uno degli eredi può esser tenuto verso i coeredi per cause posteriori all'apertura della successione.

1169. — A. I debiti, al cui pagamento l'erede era tenuto verso il defunto, possono ripartirsi in quattro specie, o piuttosto possono avere quattro diverse cause:

1. Possono avere per causa un prestito gratuito o altra disinteressata anticipazione fatta dal defunto al successibile;

2. Possono derivare da prestito interessato o più generalmente da qualsivoglia contratto a titolo oneroso tra il defunto ed il successibile seriamente o di buona fede;

3. Possono essersi contratti in origine dal successibile verso un terzo, di cui il defunto fosse poscia divenuto l'avente causa, erede a cagion di esempio, o cessionario;

4. Da ultimo possono provenire, sia da quasi-contratti, sia da delitti o quasi delitti commessi dal successibile verso il defunto.

Trattasi conoscere se l'obbligo della collazione si applichi, indistintamente e sotto ogni riguardo, a coteste varie specie di debiti.

1170. — 1. Torna ineluttabile l'obbligo della collazione essere applicabile, contutti i suoi effetti, alla prima classe di tali debiti, val dire a' prestiti gratuiti o altre disinteressate anticipazioni; avvegnachè tali specie di prestiti anticipazioni vanno, come già affermammo, riguardati costituire un vantaggio e, in certa guisa, un'anticipazione di eredità (supra, n. 1081).

1171. — 2. Ma l'obbligo della collazione è forse applicabile alla seconda classe di debiti, val dire a quelli provenienti da contratto a titolo oneroso, i quali ebbero luogo sinceramente tra il defunto ed il successibile?

Per l'affermativa puossi sostenere che il testo dell'art. 829 è generale e che dispone indistintamente dover l'erede conferire nella massa le somme di cui è debitore (confr. Lebè, *Rivista pratica di diritto francese*, 4859, t. VII, p. 476 e seg.).

E' ben vero l'art. 829 non è il solo che tratti la questione in esame: è mestieri avvicinarlo agli art. 853 ed 854 — 772 e 773, che parimente vi si annodano.

Di fatti, a norma degli art. 853 ed 854, non è dovuta alcuna collazione degli utili o guadagni, che l'erede potette ritrarre dalle convenzioni sinceramente conclusi da lui col defunto;

Or ogni applicazione che si volesse fare,

in simigliante caso, all'eredità dell' art. 829, non potrebbe essere, come ben si comprende, se non un'applicazione dell' obbligo della collazione;

Dunque l'applicazione dell' art. 829, torna allora impossibile; dappoichè precisamente, in conformità degli art. 853 ed 854, non è dovuta la collazione (*supra*, n. 1076).

Cotesta conclusione sembra ben desunta, e nondimeno sarebbe, a creder nostro, troppo assoluta.

Dunque avvisiamo, per esattamente risolvere la questione in disamina, rispetto a cotesta seconda classe di debiti, esser necessaria la seguente distinzione:

O quei debiti non erano ancora esigibili nel giorno dell'apertura della successione;

Oppure erano esigibili.

1472. — Nel primo caso, val dire se i debiti non sieno ancora esigibili, quando aprasi la successione, è nostro divisamento di fatti l'obbligo della collazione non poterli colpire.

E conseguentemente avvisiamo:

1. L'esigibilità non aver luogo, o l'eredità continuare a godere, avverso la eredità, del beneficio del termine di cui godeva contro il defunto (confr. *Duranton*, t. VII, n. 312; *Demante*, t. III, n. 487 bis, VIII; *Taulier*, t. III, p. 346);

2. Gli interessi non decorrere di pieno diritto a computare dal giorno dell'apertura della successione; ed il debito dell'eredità non produrre interessi, a pro della eredità; se non ne produca a pro del defunto, o almeno non produrrà altri interessi che quelli stipulati o emergenti dalla natura del contratto;

3. Finalmente gli altri eredi non poter esercitare alcun prelevamento su la massa ereditaria, o per contrario il credito del defunto avverso l'eredità diversi comprendere nella divisione, in conformità dell' art. 832, come se fosse dovuto da un estraneo (confr. *supra*, n. 4081, 1082, 1083; *Demante*, loc. *supra cit.*).

Nondimeno ciò che vogliam soggiungere si è che, se vi fosse per gli altri eredi legittimo motivo di temere la insolvibilità dell'eredità debitore, potrebbero prima di rilasciargli la sua porzione ereditaria, dimandargli cautele pel pagamento del debito; e neppur sarebbe necessario all'uopo, a creder nostro, che l'eredità medesima fosse manifestamente fallita o decaduta; nel qual caso reputerebbesi ad evidenza decaduto dallo stesso beneficio del termine (art. 1185 — 1141); basterebbe che

i rischi d'insolvibilità, comunque non gravi abbastanza per trar seco la decadenza del termine, fossero nondimeno di natura tale da motivare conservativi provvedimenti (arg. dall' art. 1180 — 1133); e noi opiniamo che in siffatta situazione, i coeredi meriterebbero massimo favore, quando dimandassero provvedimenti di tal genere prima di prendersi possesso dal coerede della quota ereditaria.

1473. — Ma nel secondo caso, val dire se il debito dell'eredità, emergente dal contratto a titolo oneroso, sia esigibile, quando aprasi la successione, opineremmo esservi luogo ad applicare, non già gli art. 853 ed 854, ma l'art. 829, e conseguentemente l'obbligo della collazione doversi applicare eziandio a coteste specie di debiti con tutti gli effetti onde sia suscettivo.

In vero tali debiti, essendo esigibili, van sottoposti alla generale disposizione dell' art. 829; e non iscorgesi qual sarebbe, dopo la esigibilità loro, il motivo desumibile dagli art. 853 ed 854 per sottrarneli; dappoichè, divenuti esigibili, non eravi più alcun vantaggio che l'eredità debitore possa pretendere di conservare sotto questo punto di veduta: rimane soltanto il pagare: or pagare fra coeredi prima della divisione che altro è se non conferire ecco la ragione per cui, nella nostra antica giurisprudenza, la collazione de' debiti venne stabilita eziandio in linea collaterale, comunque la collazione delle donazioni non sussistesse in questa linea (*supra*, n. 1153).

Dunque concludiamo:

1. Cotesti debiti produrre quindi interessi in conformità dell' art. 856;

2. Potere i coeredi, se la collazione non facesi in natura dall'eredità debitore, esercitare, sia verso di lui, sia verso i suoi particolari creditori, prelevamenti su la massa ereditaria (confr. *supra*, n. 1156; *Demante*, t. III, n. 488 bis, VIII).

1474. — 3. Dovrebbe, a creder nostro, applicare la distinzione precedente (*supra*, n. 1470, 1472) alla terza classe di debiti, val dire a quelli contratti in origine dal successibile verso un terzo, di cui il defunto sia poscia divenuto l'aveute causa, il cessionario o l'eredità.

Nondimeno non è questo il sentimento di *Demante*, il quale insegna l'obbligo della collazione esser sempre applicabile con tutte le sue conseguenze a tali specie di debiti pel motivo che « la legge, la quale sottopone i debiti alla collazione, non fa alcuna distin-

zione e noi qui non troviamo, come nell'art. 853, un testo per esimerli dall'obbligo medesimo. » (*Loc. supr. cit.*)

Ma per contrario ci sembra l'art. 853 potersi in tal caso ragionevolmente invocare:

Di fatti gli art. 853 ed 854 esimono dall'obbligo della collazione i debiti, al cui pagamento il successibile è tenuto verso il defunto per effetto di convenzioni a titolo oneroso;

Or supponiamo essere egli tenuto verso di lui al pagamento di un debito di tal genere;

Dunque non ne è dovuta la collazione.

Obbietterassi gli art. 853 ed 854 supporre la convenzione esser seguita col defunto, tra il defunto ed uno de' suoi eredi?

Sarebbe ciò, a creder nostro, attenersi al solo senso letterale della legge e disconoscere ad evidenza lo spirito!

In vero che monta mai la circostanza la convenzione esser seguita primamente tra l'erede ed il defunto, ovvero, seguita dapprima tra l'erede ed un terzo, essere il defunto addivenuto l'avente causa di questo terzo?

Forse da un lato i diritti dell'erede potrebbero diminuirsi per un mutamento di creditore non proveniente dal fatto suo?

Forse d'altro lato il defunto non è allora l'avente causa del terzo col quale dapprima contrattò l'erede? e, trovandosi in suo luogo e vece, non debbesi forse considerarlo come se egli medesimo avesse sin dalla origine conebuto la convenzione con l'erede? (confr. Ducaurroy, Bonnier e Roussting, t. II, n. 743).

4175. — 4. Da ultimo, rispetto a' debiti, provenienti sia da quasi-contratti, sia da delitti o quasi-delitti commessi dal successibile verso il defunto, l'art. 829 essere applicabile, e coteste specie di debiti conseguentemente doversi sottoporre all'obbligo della collazione con tutte le conseguenze risultanti dall'obbligo medesimo.

Di fatti allora ci troviamo ne' termini della generale disposizione dell'art. 829; e non potremmo, nè direttamente nè indirettamente, esonerarsene invocando gli art. 853 ed 854, i quali tornerebbero ad evidenza inapplicabili:

Ma potrebbeasi affermare l'obbligo della collazione poggia sempre più o meno sul motivo il defunto aver procacciato vantaggio ad uno de' suoi successibili; ed al certo cotesto motivo fece per la prima volta introdurre la

collazione de' debiti nel nostro antico diritto: avvegnachè in quella epoca essendo gratuiti i prestiti, costituivano precisamente essi medesimi vantaggi a pro del successibile: nè nessuna idea di vantaggio annodasi per contrario a' debiti provenienti da quasi-contratti e segnatamente da delitti o quasi-delitti commessi dall'erede verso il defunto.

Noi dobbiamo convenirne; ma è mestieri altresì rammentarsi cotesto motivo, comunque sia a dir vero quello che fece introdurre l'obbligo della collazione de' debiti, nulladimeno non è il solo oggidì su cui poggia l'obbligo medesimo. Per contrario spieghiamo (*supra*, n. 4136) cotesto obbligo poggia su più motivi vari e complessi, di cui gli uni in mancanza degli altri basterebbero a giustificarlo; or se, relativamente a queste specie di debiti, il motivo desunto da un vantaggio conferito dal defunto all'erede non sussiste, possono porsi in campo altri motivi, cioè:

1. Che tal debito dell'erede, in ultima analisi, qualunque siane la causa, costituisce un elemento dell'attivo ereditario, che debbe restituirne, prima della divisione, l'importo alla massa; e che, se non ve lo restituisca, è logico ed equo esercitarsi da' coeredi un egual prelevamento su gli altri beni ereditari;

2. Che l'erede, il quale accetta la eredità, si sottopone altresì esso medesimo volentieri a tutte le conseguenze legali della sua accollazione.

4176. — B. Ci rimane ad investigare se l'obbligo della collazione si applichi a' debiti al cui pagamento i coeredi possono esser tenuti rispettivamente per cause posteriori all'apertura della successione (*supra*, n. 4167).

Tali cause d'ordinario provengono dalla gestione, che gli uni o gli altri ebbero de' beni ereditarii: percezione de' frutti, ricezione delle somme dovute alla eredità, deterioramenti, ec., cause varie denominate *prestazioni personali*, ed il cui determinazione è, come osservammo, una delle operazioni preliminari della divisione (*ved.* il tomo III, n. 653, 664).

A norma di una dottrina, sorretta da gravi suffragi, coteste specie di debiti non andrebbero sottoposte all'obbligo della collazione: per contrario ne risulterebbe un credito ordinario contro l'erede personalmente debitore; conseguentemente non potrebbero dar luogo a pro degli altri eredi, ad alcun prelevamento, nè rispetto al coerede, nè seguatamente

rispetto a' suoi particolari ereditori. In ultima analisi, a credere di alcuni, cotesti crediti si roverebbero garantiti dal privilegio stabilito dall'art. 2403 — 1972 su gl' immobili ereditori, per la garanzia delle divisioni e pareggiamenti o conguagli di quote; e parecchi hanno ancor pretesi i crediti in disamina non doversi regolare in conformità di quello articolo (confr. decis. C. di Agen 3 apr. 1823, *Blanzac*, Sirey, 4824, II, 74; di Aix 12 lug. 1826, *Langier*, D. 4829, II, 29; di Grenoble 2 lug. 1826, *Belluard*, Sirey, 1827, II, 417; di Montpellier 24 ag. 1827, *Dissez*, D. 4833, II, 150; di Pau 28 lug. 1828, *Lalande*, D., 1829, II, 77; *Grenier*, *De l'ipote.*, t. I, n. 459; *Vazeille*, art. 830, n. 3; *Zachariae*, § 616, nota 7, e § 524, nota 16.)

Rispetto a noi, opiniamo nondimeno coteste specie di debiti aodar sottoposte all'applicazione dell'art. 829:

1. Torna manifesto essere immediatamente esigibili (art. 845, 850);

2. Osservammo pur dover produrre interessi di pieno diritto (art. 856; *supra*, numero 1446);

3. Finalmente avvisiamo dovere dar luogo, in conformità degli art. 830 ed 831, al prelevamento a pro de' coeredi, non solo rispetto al coerede debitore, ma eziandio rispetto a' particolari ereditori:

4. Primamente affermiamo l'art. 829 essere applicabile a coteste specie di debiti; e a dir vero evidente ci sembra siffatta proposizione!

L'art. 828 — 747 dichiara che « avanti « ad un notaio si procede a' conti che i con- « dividenti dovessero rendersi, ed alla for- « mazione dello stato generale de' beni, a « quella delle rispettive porzioni ereditarie ed « alle somministrazioni da farsi a ciascuno « de' co dividenti. »

Ed immediatamente l'art. 829 — 748 soggiunge che « ciaschenno de' coeredi, a norma « delle regole che saranno stabilite in appres- « so, conferisce nella massa tutto ciò che gli « è stato donato, e le somme di cui è debi- « tore. »

Come mai negare, per tale ravvicinamento de' testi in esame, che la disposizione dell'art. 829, altronde sì generale ed assoluta ne' suoi termini, comprende effettivamente senza veruna distinzione tutto le somme di cui l'erede possa essere debitore, e che forse pur si riferisca specialmente, nel pensiero del legislatore, a' debiti risultanti da' conti fatti dai

co dividenti preventivamente tra essi, e di cui trattò dapprima?

Or, dimostrato una volta essere applicabile l'art. 829, rimane parimente dimostrato gli art. 830 ed 831 — 649 e 750 doversi eziandio applicare; avvegnachè gli art. medesimi sono mera conseguenza dell'art. 829: essi additano il modo di esecuzione della collazione richiesta dall'art. 829, talechè que' tre articoli sono inseparabili o ne formano effettivamente un solo;

Dunque, se la collazione di questi debiti non facesse in natura dall'erede, che ne è tenuto, i coeredi possono prelevare una porzione eguale allo importare de' debiti medesimi su la massa ereditaria (articolo 830), e dappoi soltanto *supra* ciò che rimane (articolo 831), debbasi procedere alla formazione di altrettante parti eguali quanti sono gli eredi, ee.

Ed ora, se è dimostrato gli art. 829, 830 ed 831 essere applicabili all'erede, il quale è tenuto, verso i coeredi, al pagamento di un debito che abbia una causa posteriore all'apertura della successione, come mai denegare quegli articoli esser parimente applicabili rispetto a' particolari ereditori dell'erede medesimo!

Noi già affermammo i particolari ereditori dell'erede essere in tal congiuntura gli avveni causa del loro debitore; e torna impossibile lo avere egliu altri diritti o diritti maggiori del loro stessa debitore (*supra*, numero 1464).

Altronde, in conformità dell'art. 833; come bentosto ravviseremo, ciascun coerede reputasi esser succeduto solo ed immediatamente in tutti gli effetti compresi nella sua quota o spettatigli dietro licitazione, e non aver mai avnto la proprietà degli altri effetti ereditarii; dalle quali cose emerge i particolari ereditori di uno degli eredi non poter pretendere alcun diritto su' beni spettati a' coeredi del loro debitore; e tale articolo è applicabile però ad ogni modo legale di divisione, per effetto di cui ciascuno de' coeredi abbia conseguito una porzione qualunque degli effetti ereditarii;

Or al certo i prelevamenti sono un modo legale di divisione (art. 829, 830, 831);

Dunque i coeredi che ottengono, mercè prelevamenti permessi da quegli articoli, taluni effetti ereditarii, reputansi averne avuto sempre la proprietà ad esclusione de' coeredi dunque i particolari ereditori di costoro non

passano pretendere alcun diritto su gli effetti medesimi.

Finalmente soggiungiamo cotesta dottrina si unisona a' testi ed a' principii, essere inoltre eminentemente equa! avvegnachè da ultimo, come soggiungente decise la Corte di cassazione con arresto del 24 febbrajo 1829 (infra), ciascuno erede ha lo incontrastabile diritto di esigere e ricevere, nel momento della divisione, la quota spettatagli: così richiede l'eguaglianza: la quale è la essenziale condizione della divisione: or per contrario potrebbero spessissimo i coeredi venir privati di questo diritto, se non fosse loro permesso di prelevare su la massa valori eguali a quelli posseduti dal coerede e che egli non voglia o non possa restituire alla massa medesima. E cotesto prelevamento al postutto che altro mai è in vero se non una divisione! forse il coerede, il quale dovrebbe conferire o ritenere, non ritiene quindi un valore ereditario, un valore pertinente alla eredità! ed è sommamente giuridico ed equo il formargli la quota sua con quel valore da lui posseduto o ritenuto, mentre dovrebbe conferirlo!

Si è obiettato il Codice Napoleoneo, con l'art. 438 — 444, aver abrogato l'antica regola romana: *fructus augent hereditatem* (L. 20, § 4; l. 28 e 48, ff. De heredit. petit.).

Ma altrove già rispondemmo a cotesta obiezione, facendo osservare la massima *fructus augent hereditatem* essersi modificata semplicemente in alcune delle sue applicazioni, ma non totalmente abrogata dagli autori del nostro Codice (confr. il nostro Trattato dell'assenza, n. 222); e la prova per contrario cotesta massima sussistere sempre non rinviensi forse positivamente scritta negli art. 828, 829, 830 ed 836? di fatti non saprebbsi comprendere come mai in mente del norello legislatore avrebbe potuto sorgere l'idea di abrogare una regola la quale, nella sua applicazione fra coeredi, gli uni riguardo agli altri, costituisce effettivamente il riconoscimento della verità di un incontrastabile fatto, del fatto cioè uno de' coeredi possedere un valore ereditario! ed è questo il semplicissimo motivo il valore medesimo doversi comprendere nella divisione! (confr. *Inst. de offic. jud.*, § 4; decia. C. di Tolosa 2 mag. 1825, Carriéro, Sirey, 1825, II, 360; di Riom 14 feb. 1828, Tavernier, Sirey, 1828, II, 212; di Tolosa 23 lug. 1828, Lapanonze, Sirey, 1830, II, 180; arresto C. cass. 24 feb. 1829, Casaguard, D. 1829, I, 159; di Po-

tiers 27 zen. 1839, Ardouin, Dev. 1839, II, 288, di Pau 6 dic. 1844, N...., Dev., 1845, II, 449, di Agen 27 ag. 1856, N...., Dev. 1856, II, 522; Lebrun, lib. IV, cap. I, n. 20; Domat, *Leg. civ.*, lib. I, tit. IV, sez. II, art. 6; Pothier, *Della proprietà*, n. 400 e 416; Troplong, *Della ipot.*, t. I, n. 239; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 828, osservo.; Dutruc, *Della divisione*, ec., n. 429; Foulé de Conflans, art. 830; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 260; Demante, t. III, n. 462, bis, V; D. Rac. alfab., v. Success., n. 4235 — 4238).

§ III

In qual modo ha luogo la collazione? e quali ne sono gli effetti?

SOMMARIO

1177. — Trattasi di determinare il senso della parola a interpretare nell'art. 815, il quale dichiara l'erede non poter ritenere in caso dovuto, né reclamare i legati fatti dal defunto.

1178. — Della collazione de' legati. — Osservazione. — Rimando.

1179. — La collazione ha luogo in natura o col prendere tanto di meno.

1180. — Della collazione in natura.

1180 bis. — Della collazione col prendere tanto di meno o.

1181. — Continuazione.

1182. — Continuazione.

1183. — La collazione col prendere tanto di meno può però effettuarsi in proporzione della quota ereditaria spettante all'erede sottoposto alla collazione medesima? *Quæst.*, se lo importare del valore da conferire ecceda tal quota? — E' uopo forse all'obbligato distinguere l'erede pater e semplice dall'erede beneficiario?

1184. — Tre principali punti de' quali si disambrano.

1184 bis. — E' rilevante il non confondere la collazione degli immobili con quella de' mobili. — Spiegazione. — Divisione.

1177. — A norma dell' art. 813 — 762, « l'erede non può ritenersi lo cose donate », « né reclamare i legati a lui fatti dal defunto... », ec. »

Dobbiamo qui determinare in modo speciale il significato esatto di quello parole; val dire dobbiamo investigare in qual modo debba seguire la collazione.

1178. — Relativamente a' legati, già esponemmo la dottrina, la quale ci sembra potersi desumere da' varii articoli del nostro Codice, consistente nel sostenere i due modi di collazione, applicabili alle donazioni tra vivi, la collazione in natura e quella col prelevamento.

dere tanto di meno, essere parimente applicabili a' legati, secondo le distinzioni da noi esposte (*supra*, n. 1002 e seg.).

4179. L'art. 838 — 777 dichiara:

« La collazione si fa o col prestare la cosa in natura o con l'imputare il valore della porzione donata. »

Semplicissimo metodo!

La collazione ha per scopo di riporre la eredità nello stesso stato che se il vantaggio sottoposto alla collazione non avesse avuto luogo;

O' puoi raggiungerlo lo senpo medesimo con due mezzi: di fatti puoi:

Sia far tornare effettivamente in natura alla eredità, come se non ne fosse uscito, lo stesso oggetto donato: è questa la *collazione reale*, indubitabilmente la più adeguata ed esatta:

Sia imputare su la porzione ereditaria del successibile donatario il valore dell'oggetto donatogli, permettendo agli altri successibili il prelevare una porzione eguale al valore medesimo su gli altri beni ereditarii: è questa la *collazione fittizia* e per equipollente.

Precisamente in tal senso le nostre antiche consuetudini dichiaravano puro i figliuoli nel concorrere alla eredità del padre o della madre dover *conferire* ciò che fu loro donato... *« Errore prendere tanto di meno »* (art. 304 della cons. di Parigi; 306 della cons. di Orleans).

4180. — Noi affermiamo la collazione in natura non essere altro che il ritorno effettivo alla eredità dell'oggetto stesso donato, per dividersi con gli altri beni ereditarii (cons. di Parigi, art. 304 su riferito).

4180 bis. — Relativamente alla collazione col prendere tanto di meno, ha luogo, come già osservammo, mercè prelevamenti esercitati da' coeredi su gli altri beni ereditarii.

Articolo 830 — 749: « Se la collazione non è fatta in natura, i coeredi a' quali è dovuta predecono una porzione eguale a su la massa ereditaria. »

« Queste predeuzioni, per quanto è possibile, si formano con oggetti della stessa natura, qualità e bontà di quelli che non sono stati conferiti in natura. »

Art. 831 — 750: « Dopo le predeuzioni, se si procede sopra ciò che rimane in massa alla formazione di altrettante parti eguali quanti sono gli eredi o le stirpi condividenti. »

Da siffatti testi discende, circa l'esercizio de' prelevamenti riguardati come modi di col-

lazione col prendere tanto di meno, la duplice conseguenza:

A. Gli altri coeredi, cui va dovuta la collazione, debbono conseguire, per tal mezzo, sino alla concorrenza delle loro porzioni ereditarie, eguali o ineguali, l'equipollente di ciò che conseguirebbero negli oggetti donati se venissero conferiti in natura: se dunque per esempio, la collazione fosse dovuta da un coerede avente diritto a tre ottavi, a due altri coeredi, di cui uno avesse diritto ad un quarto, o l'altro a tre ottavi, il prelevamento sarebbe: pel primo, di un quarto, e pel secondo di tre ottavi; talechè il risultamento, rispetto a' tre eredi, troverebbesi finalmente lo stesso che se l'oggetto donato si fosse diviso tra essi in proporzione della quota ereditaria di ciascuno.

4181. — B. I prelevamenti si esercitano per via di attribuzione, senza estrazione a sorte.

Tal proposizione vien dimostrata dal medesimo testo dell'art. 830 e segnatamente dall'art. 831, il quale dichiara *dopo le predeuzioni* procedersi alla formazione delle quote da estrarsi a sorte (confr. art. 831 ad 835 — 750 a 754; ed il t. III n. 682).

4182. — In qual forma debbesi fare tale attribuzione? e quali persone han qualità per procedervi?

Nè il Codice Napoleone nè il Codice di procedura contengono all'uopo alcuna speciale disposizione.

E da questo silenzio avvisiamo doversi inferire il determinamento degli oggetti da prelevare da ciascuno de' coeredi, per compensare la porzione che gli sarebbe spettata, negli oggetti donatigli, se fossero conferiti in natura, potersi fare salvo la omologazione del tribunale (art. 981 C. pr. — 1057):

Sia dalle parti capaci e di accordo; il che torna manifestò;

Sia da' rappresentanti delle parti incapaci, a condizione però di ottenere, secondo i vari casi, le autorizzazioni che possono esser loro necessarie per procedere alla divisione (confr. Demante, t. III, n. 162 bis, III; ed il nostro t. III, n. 554 e seg.).

4183. — Altronde è manifestò la collazione col prendere tanto di meno potersi effettuare in proporzione della quota ereditaria spettante all'erede sottoposto alla collazione.

E se lo importare del valore da conferire ecceda la quota medesima, l'erede donatario debbe indennizzare tale eccedenza alla eredi-

tà col proprio danaro (confr. decisi. C. di Parigi 13 ag. 1839, Guérin, Dev., 1839, II, 531).

Siffatta obbligazione viene imposta a qualunque erede donatario, il quale abbia accettato la eredità, in qualsivoglia modo l'abbia accettata, sia puramente e semplicemente, sia col beneficio dello inventario (art. 843 — 762).

E l'erede beneficiario, anche quando fosse di minore età, non potrebbe esimersene, nè col rinunciare, nè con l'offrire di fare a' coeredi l'abbandono, che l'art. 802 — 719 gli permette di fare a' creditori della eredità ed a' legatarii.

Di fatti l'obbligo della collazione fu contratto da lui verso i coeredi; e quindi dee adempiersi al pari dell'erede puro e semplice; dappoichè abbiamo osservato il beneficio dello inventario non avere per effetto il modificare i diritti e le obbligazioni de' coeredi gli uni verso gli altri (confr. il t. III, n. 358 Duranton, t. VII, n. 377).

1184. — In quali casi la collazione ha luogo in natura?

In quali casi col prendere tanto di meno? E quali sono gli effetti dell'uno e dell'altro modo di collazione?

Precisamente ciò dobbiam ora disaminare.

1184 bis. — Or all'obbietto è mestieri innanzi tutto fermare una fondamentale distinzione fra la collazione degl'immobili e la collazione de'mobili.

In vero tra l'una o l'altra collazione stanno due capitali differenze:

Da un lato la collazione degl'immobili si fa generalmente in natura; mentre la collazione de'mobili ha luogo col prendersi tanto di meno;

E d'altro lato la collazione col prendersi tanto di meno, quando si applichi agl'immobili, va regolata da principii affatto diversi da quelli che regolano la collazione col prendersi tanto di meno, quando trattisi di mobili.

Altronde questa duplice differenza, per essere ben compresa, abbisogna di alcuni sviluppiamenti.

I.

SOMMARIO.

Della collazione degl'immobili.

1185. — La regola rispetto agl'immobili si è la collazione doversi in natura. — Spiegazione.

1186. — Del carattere generale dell'obbligo della collazione.

1187. — Continuazione. — Del carattere speciale dell'obbligo della collazione di un immobile: questo obbligo ha

per obbietto lo stesso immobile considerato come capo certo.

1188. — Di qui sorgono tre principali conseguenze:

— I. L'immobile, perito per caso fortuito, non va sottoposto a collazione.

1189. — E mestieri, a norma del diritto comune, che il caso fortuito non sia stato preceduto da colpa del donatario, senza il quale il caso fortuito non avrebbe avuto luogo.

1190. — *bis* — Quid, se il donatario o il suo arante casa avesse commesso un semplice fatto acerto da colpa?

1190. — Il donatario dovrebbe forse venir dichiarato responsabile dell'incendio, che avesse distrutto l'immobile donato?

1191. — Se l'edificio incendiato fosse abitato da un conduttore basterebbe forse al coerede donatario il mostrare a' suoi coeredi l'azione che allora vantasse avversa lo stesso conduttore?

1192. — L'erede sarebbe forse tenuto a coesistere alla eredità lo indennizzamento da lui ricevuto dalla compagnia di assicurazioni, nel caso in cui lo immobile donato che egli fece assicurare fosse perito per l'incendio?

1193. — Il giuocamento o le diminuzioni di valore sopravvenute dopo la donazione allo immobile donato, debbono determinarsi fra il donatario ed i suoi coeredi, come se lo immobile non fosse uscito dal patrimonio del defunto. — Dagl'incrementi o diminuzioni non provengenti dal fatto del donatario.

1194. — Degl'incrementi o diminuzioni provengenti dal fatto del donatario. — Esposizione.

1195. — A. Delle riparazioni di manutenzione. — Delle grandi riparazioni.

1196. — Italia spese utili.

1197. — Delle spese voluttuose.

1198. — Quid, se il donatario della porzione indivisa di un immobile sia divenuto compratore dello intero immobile, per effetto di licitazione, prima dell'apertura della successione? — Oppure, Quid, se il donatario di diritti successori in una eredità indivisa, abbia esercitato il retratto successorio avversa il cessionario di uno de' coeredi del donante?

1199. — B. De' deterioramenti derivanti dal fatto del donatario.

1200. — Il forza attendersi al tempo della decisione, per computare la quantità degl'indennizzamenti, ebe possono rispettivamente doversi dalla eredità al donatario o da questo a quella.

1201. — I rispeniti debiti di queste prestazioni potrebbero forse nascere qualora lo immobile fosse perito per caso fortuito, prima dell'apertura della successione?

1202. — Continuazione. — Quid, se lo immobile sia perito dopo l'apertura della successione?

1203. — Il coerede, il quale faccia la collazione dello immobile in natura, può ritenere il possesso sino alla effettiva rimborsazione delle somme dovutegli per apure o miglioramenti. — Qual è mai il carattere di tal garanzia? e quali ne sono gli effetti? — Esposizione dell'antico diritto.

1204. — Continuazione.

1205. — Continuazione.

1206. — Continuazione.

1297. — C. Quando la collazione facciali la natura, i beni rimanciati alla massa ereditaria franchi e liberi da ogni peso imposto dal donatario.

1298. — Per contrario l'alienazione delle immobili concessa dal donatario, prima dell'apertura della successione non rimane rincolata; ed allora la collazione ha luogo col prendersi tanto di meno. — In quali casi il diritto concesso dal donatario si dovrà riguardare come preso? In qual caso come alienazione?

1299. — La riduzione de' pesi imposti dal donatario non ha luogo quando la collazione facciali col prendersi tanto di meno.

1300. — *Quid*, se avendo avuto luogo in natura la collazione, lo immobile conferito ricada, per effetto della divisione, nella quota dell'erede donatario?

1301. — Continuazione. — I creditori ipotecari, e più generalmente tutti coloro cui il donatario concede diritti reali su lo immobile, ha facoltà d'intervenire nella divisione, per impedire di farsi le frode de' loro diritti.

1302. — La regola doverli la collazione dell'immobile se glielo esatta può soggiacere a quattro eccezioni:

1303. — A. La prima eccezione ha luogo quando lo immobile venne alienato dal donatario prima dell'apertura della successione. — Per qual motivo?

1304. Del caso in cui il donatario abbia alienato lo immobile dopo l'apertura della successione.

1305. — Non vi è luogo a distinguere le alienazioni a titolo oneroso dalle alienazioni a titolo gratuito.

1306. Che mai converrebbe statuire, nel caso in cui il valore dello immobile alienato eccedesse il valore della porzione ereditaria spettante al successibile donatario? — I terzi compratori potrebbero forse allora essere avvisi per effetto della dimanda di collazione?

1307. — Quando il donatario alienò lo immobile prima dell'apertura della successione, si deve la collazione del valore dello immobile al tempo dell'apertura medesima. — Spiegazione.

1308. — Continuazione.

1309. — Se lo immobile alienato perì per caso fortuito, prima dell'apertura della successione, presso il terzo compratore, l'erede donatario rimane liberato da ogni obbligo di collazione; e non dee rendere alla eredità alcun conto del prezzo di vendita da lui ricevuto, o che gli fosse ancor dovuto.

1310. — Continuazione. — Nondimeno la precedente soluzione è applicabile nel caso in cui prima dell'apertura della successione lo immobile perì presso il compratore.

1311. — Nel caso in cui fu alienato lo immobile, in qual modo deggiasi determinare, fra il donatario e la eredità, i rispettivi indennizzamenti, cui possono dar luogo gli aumenti o le diminuzioni di valore provenienti dal fatto del compratore.

1312. — Continuazione. — A quale epoca è uopo attenersi in tal caso per estimare lo incremento di valore emergente delle migliorie fatte dal compratore?

1313. — *Quid*, se lo immobile alienato dal donatario fosse tornato a lui nel momento dell'apertura della successione? o se il compratore consentisse a riacquistarlo senza regresso in garanzia avanzò il donatario?

1314. — Il principio testè esposto, pel caso in cui lo im-

mibile fu alienato dal donatario, si applica alla sola alienazione volontaria: per contrario è inapplicabile alle alienazioni forzate. — Del principio che, in materia di collazione, regola queste ultime alienazioni. — Esempi.

1315. — D. Anche quando lo immobile non fu alienato dal donatario, la collazione può non aver luogo se non col prendersi tanto di meno, se vi siano nella eredità immobili della stessa natura, valore e qualità, di cui possono formare quote pressappoco eguali per gli altri coeredi. — La collazione col prendersi tanto di meno, in questo caso, è forse facoltativa unicamente pel donatario?

1316. — Quando la collazione si faccia col prendersi tanto di meno, nel precedente caso, lo immobile stesso costituisce sempre l'oggetto dell'obbligo della collazione. — Conseguenza.

1317. — C. La collazione però non può aver luogo se non col prendersi tanto di meno, quando lo immobile perì per colpa o fatto del donatario o da' suoi eventi causa. — In tal caso, di qual valore è dovuta la collazione?

1318. — D. La collazione dello immobile donato ha luogo col prendersi tanto di meno, quando fu questa la volontà del defunto. — Ma, all'opo la volontà del defunto può manifestarsi in due modi diversi con producenti gli stessi effetti. — Spiegazione.

1319. — Continuazione. — Esempi.

1320. — Del caso contemplato con l'art. 866, in cui un immobile eccedente la quota disponibile fu donato per anteparte ad uno degli eredi riservatarii.

1321. — A. Se la eccedenza possa comodamente staccarsi, la collazione si fa la natura. — Come mai è da intendere siffatta disposizione?

1322. — Continuazione.

1323. — B. Se la eccedenza possa comodamente staccarsi applicasi l'adagio: *Major pars trahit ad se minorem*.

1324. — Forse il valore cumulato della porzione disponibile e della riserva del donatario, o soltanto il valore della porzione disponibile è uopo raffrontare col valore della eccedenza da staccare, per conoscere da qual lato si trovi la somma maggiore?

1325. — Come deggiasi spiegare le espressioni: *adoperari nell'art. 866: imputando il di più nella sua parte ereditaria, e compensando in denaro od altrimenti i suoi coeredi?*

1326. — Che converrebbe statuire, se il valore della porzione disponibile non fosse maggiore né minore del valore della porzione dello immobile da staccare, e se questi due valori fossero eguali?

1327. — L'art. 866 non sarebbe applicabile al caso in cui la donazione di un immobile sottoposta a riduzione si fosse fatta ad un estraneo.

1185. — A norma dell'art. 859 — 778.

« La collazione può esigersi in natura riguardo agli immobili. ogni qualvolta l'immobile donato non sia stato alienato dal donatario, e non si ritrovino nell'eredità degli immobili della stessa natura, valore e bontà, co' quali si possono formare delle

« porzioni pressochè uguali a favore degli altri tre coeredi. »

Questa compilazione è alquanto singolare : in vero vi si sceglie la regola mista alle eccezioni; talchè potrebbesi affermare parore ravvisarvi la regola sotto forma di eccezione e la eccezione sotto forma di regola.

Che che ne sia, ciò che al certo ne emerge si è che per massima la collazione, riguardo agli immobili, va dovuta in natura : soggiungiamo pure doversi in natura soltanto rispetto agli immobili, per guisa che effettivamente agli immobili si riferisce l'art. 858 — 777, il quale dichiara la collazione dover seguire in natura ovvero col prendersi tanto di meno.

Dunque la regola generale, relativamente agli immobili, si è il donatario poter offrire la collazione soltanto in natura; del pari che, viceversa, la collazione può chiedersi da lui unicamente in natura.

Antica è cotesta regola; e le consuetudini un tempo disponevano, ancora più energicamente, i fondi dovuti doversi conferire in *es- senza ed in specie*.

(Cons. di Orleans, art. 306).

« Ciò che si è prescritto, dice Polhier, per stabilire tra figliuoli una perfetta egua- glianza, la quale non sarebbe mai raggiun- ta, se uno potesse conservare buoni fondi, e mentre gli altri avrebbero contante, che spesso difficilmente troverebbero ad impie- garsi con vantaggio. » (*De la success.*, cap. IV, art. 2, § 7).

Da un lato puossi soggiungere gli immobili essere stati sempre, soprattutto nel nostro antico Diritto, riguardati più importanti de' mo- bili, e, d'altro lato, la collazione in natura non va incontro a veruno ostacolo, relativa- mente agli immobili, i quali, a differenza dei mobili, possono sempre riconoscersi, ed i quali neppur soggiacciono a que' rapidi deterio- ramenti o diminuzione di valore, cui per con- trario i mobili vanno cotanto soggetti (infra n. 1239).

1186. — Da ciò conseguita ogni donazio- ne d'immobile contenere l'obbligo condizio- nale della collazione, e tale obbligo avere per obbietto lo stesso immobile.

La donazione d'immobili non racchiude di speciale il contrarsi dal donatario l'obbligo condizionale della collazione.

Di fatti è regola generale ogni donazione, qualunque siane l'oggetto, virtualmente con- tenere questa obbligazione; ed all'uopo pos- sono determinarsi tre epoche:

Nel momento della donazione il donatario diviene debitore della collazione sotto la con- dizione sospensiva di dovere aver luogo di poi nella eredità del donante.

Nel momento dell'apertura della succe- sione il donatario diviene effettivamente de- bitore della collazione per effetto dello avve- rammento della condizione: di fatti tal condi- zione trovasi avverata appena aperta la suc- cessione, prima di ogni accettazione da parte del donatario: essa trovasi avverata, per mo- do che l'obbligo della collazione nasce sotto la risolutiva condizione soltanto della rinun- zia dell'erede donatario.

Finalmente il momento della divisione è quello in cui l'obbligo della collazione si av- vera ed esegue.

È questo, noi diciamo, il comune carattere di ogni donazione, sia di mobili, sia d' im- mobili.

1187. — Ma ciò che particolarmente distin- gue la donazione di un immobile si è l'obbli- go della collazione che essa fa sorgere aver per obbietto un corpo certo, lo stesso immo- bile, in *essenza ed in specie*.

Val dire lo immobile donato tornare alla e- redità come se non ne fosse mai uscito, e do- versi considerare non essor mai cessato di ap- partenere al defunto, per guisa da tornar la eredità al medesimo stato che se la donazione non si fosse giammai fatta.

Di qui discendono rilevanti conseguenze:

- I. Relativamente a' rischi dello immobile;
- II. Rispetto agli incrementi o alle diminu- zioni di valore sopraggiuntivi;
- III. Riguardo a' pesi reali impostivi dal do- natario.

1188. — I. L'art. 856 — 774 dichiara:

« L'immobile che è perito per caso for- tuito e senza colpa del donatario, non è soggetto a collazione »

Siffatta disposizione è sommanente uniso- na al principio da noi testè fermato; e torna manifesto per siffatto principio non poter la quistione de' rischi andare diversamente risolta.

In vero è mestieri del seguente dilemma:

O l'immobile perì per caso fortuito prima dell'apertura della successione; ed allora l'ob- bligo della collazione neppur può sorgere, per mancanza di oggetto, quando, nel momento dell'apertura della successione, si avveri la condizione sospensiva sotto la quale venne contratto (art. 1182 — 1135): allora neppi- re è da affermare l'obbligo della collazione

trovarsi estinto ed il donatario liberato: il vero si è l'obbligo non aver potuto nascere ed il donatario non esser divenuto effettivamente debitore;

O l'immobile perì per caso fortuito dopo l'apertura della successione; ed allora il donatario addivenuto debitore dello immobile, come di un corpo certo, rimane liberato per affatta fortuita perdita, in conformità delle regole del diritto comune (art. 1302—1256).

1189. — Ma fa di mestieri però, a norma del diritto comune, che lo immobile sia perito per caso fortuito.

E quando l'art. 855 soggiugne *a senza colpa del donatario*, vuol dinotare il donatario di fatti essere responsabile, se il caso fortuito, per effetto di cui perì lo immobile, fu preceduto da qualche colpa da parte sua, senza la quale perdita non sarebbe avvenuta, *a modo non ipsius culpa in casus intervenire* (Inst. quib. mod. re contrah. obligat.; art. 4807 — 1653).

1190. — Anzi noi avvisiamo il donatario o i suoi aventi causa essere responsabili del loro semplice fatto, immane da colpa, come se, a cagion di esempio, l'immobile venne distrutto dal figliuolo del donatario, rappresentante il padre, ed il quale, ignorando la esistenza della donazione, credeva distruggere una cosa che incommutabilmente gli appartenesse; dappoichè il debitore non può, eziandio col semplice suo fatto, liberarsi dalla propria obbligazione (art. 803, 1245 — 782 e 1198; ed il nostro Trattato dell'assenza, n. 221; Pothier, *Del e success.*, cap. IV, art. 2, § 7; Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, n. 730).

1190. — Si è mossa quistione se il donatario dovesse venir dichiarato responsabile dello incendio, che distrasse lo immobile donato.

Manifesta è la negativa, qualora la causa nota dello incendio non sia imputabile al donatario nè a coloro di cui debbe rispondere; come, per esempio, se fu comunicato da celeste fuoco o da casa vicina.

Ma la quistione non è di così agevole scioglimento, quando sia ignota la causa dello incendio.

Parecchi giureconsulti divisarono, qualora lo stesso donatario abitasse lo edificio donato, gli essere uopo applicargli la presunzione legale di colpa dell'art. 1733 — 1519 stabilita a pro del locatore avverso il conduttore (confr. Orléanais, t. II, p. 42, nota 52; Chabot, art. 835, n. 2; Duranton, t. VII, n. 393).

Ma una presunzione legale non potrebbe

estendere a casi diversi da quelli per cui fu stabilita (art. 1350 — 1304); or l'art. 1733 fu scritto per determinare le relazioni del locatore e del conduttore; e gli stessi motivi, che ci indussero ad opinare l'art. 1733 non essere applicabile all'usufruttuario rispetto al nudo proprietario, ci inducono parimente a divisare essere inapplicabile al coerede donatario riguardo a' suoi coeredi (confr. il nostro Trattato della distinzione de' beni dell'usufrutto, ec., t. II, n. 628.).

Indubitalmente il coerede donatario, preso il quale l'edificio sottoposto a collazione perì per effetto d'incendio, dovrà dare notizie, spiegazioni intorno alla probabile causa, alla origine ed a' primordi del sinistro; ma è questa in ultima analisi una quistion di fatto; e nostro divisamento sarebbe anzi la presunzione dover essere lo incendio provenire da caso fortuito, se dalle circostanze del fatto non emerga la prova essere imputabile a colpa o negligenza del donatario o delle persone che gli appartengono (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 336).

1191. — E per tali motivi opineremmo altresì, nel caso in cui l'edificio incendiato fosse abitato dal conduttore, esser sufficiente al coerede donatario di confutare a' suoi coeredi l'azione che vanterebbe allora avverso lo stesso conduttore (ved. il nostro Trattato su riferito della distinzione de' beni; dell'usufrutto, ec., t. II, n. 629).

Era questo il sentimento di Pothier, il quale insegnò:

« Se l'incendio accade per colpa de' conduttori, il figliuolo dee conferire le azioni che possa vantare avverso i conduttori medesimi... e ciò che possa aver ricevuto da costoro in conseguenza delle azioni stesse... » (*Delle success.*, cap. IV, art. II, § 7).

Sotto l'impero del nostro novello diritto contesta dottrina v'è pure professata da Delvincourt, il quale soggiugne essersi il donatario valso del proprio diritto col consentire la locazione, e non poterne rimanere responsabile se altronde non locò la casa a persone di pericolosa condizione diversa da quella di colui al quale la casa medesima trovavasi destinata (t. II, p. 42, nota 5).

Ma obiettasi, a norma dell'art. 864 — 783 il donatario debbe rispondere de' fatti de' suoi aventi causa del pari che de' fatti proprii (Duranton, t. VII, n. 393).

E' ben vero, e, per esempio, se lo stesso conduttore avesse commesso materiali dete-

rioramenti, il donatario ne sarebbe personalmente responsabile verso la eredità; e non gli sarebbe sufficiente, noi pure il crediamo, di cedere allora le sue azioni contro il conduttore (infra, n. 1229).

Ma la ragione si è in questo ultimo caso la colpa del conduttore trovarsi provata, come supponiamo.

Mentre in caso d'incendio, se la responsabilità avverso di lui emerge dal solo art. 4733, senza venir provata la colpa sua, non si ravvisa quale altro principio di azioni la eredità potrebbe avere contro il coerede donatario.

1193. — Altronde non crediamo esser l'erede tenuto a conferire nella eredità lo indennizzamento che avesse ricevuto dalla compagnia di assicurazioni, qualora lo immobile donato, da lui fatto assicurare, fosse perito per l'incendio.

Di fatti, anche quando si volesse paragonare tale indennizzamento al prezzo di vendita, nulla rimarrebbe dimostrato; avvegnachè tantosto farem conoscere l'erede non dovere la collazione del prezzo dello immobile donato, qualora lo immobile medesimo sia perito per caso fortuito dopo la vendita, *apud emptorem* (supra, n. 1218).

Ma il vero si è lo indennizzamento, pagato dall'assicuratore all'assicurato, non potersi menomamente paragonare al prezzo di vendita; avvegnachè non ha per causa lo stesso immobile, in veruna guisa da esso rappresentato: esso ha unicamente per causa i premii, che l'assicurato si è obbligato a pagare; ed è desso lo equivalente del rischio da lui corso di pagare di fatti i premii medesimi senza nulla ricevere, se non accadesse alcun sinistro (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. IV, p. 336; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 498, nota 2; ved. nondimeno Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 853, ossere. 4).

Ciò che potrebbe semplicemente pretendere si è lo indennizzamento andar soggetto a collazione nel caso in cui si fosse pagato al donatario in esecuzione di un contratto di assicurazione concluso dallo stesso defunto prima della donazione; dappoichè allora sarebbe ben fondato lo affermare la donazione comprendere il diritto eventuale allo indennizzamento medesimo, il quale di fatti sarebbe acquistato dal defunto, se non avesse avuto luogo la donazione.

4193. — II. Circa gl'incrementi o le diminuzioni di valore, sopraggiunti dopo la dona-

zione, allo immobile donato, è mestieri ancora, per determinarne l'effetto, rispetto alla collazione, attenerci alla nostra regola; val dire essere uopo supporre coesto immobile non essere uscito dal patrimonio del defunto, per guisa da trovarsi la eredità, sotto questo rapporto, nello stesso stato che se non si fosse fatta la donazione.

Ciò torna semplicissimo primieramente, se trattisi d'incrementi o diminuzioni di valori indipendenti dal fatto del donatario.

A cagion di esempio, lo immobile crebbe di valore per effetto di natural causa, come alluvione, incremento di bosco, ec., o di qualche causa accidentale, come l'apertura di una novella via di comunicazione, di un novello quartiere, ovvero soltanto, come affermava Lebrun (lib. III, cap. VI, sez. III, n. 31), pel semplice effetto della vicissitudine del tempo. — Tanto meglio per la eredità!

Ovvero per contrario lo immobile scemò di valore, per qualche causa simile; per effetto d'inondazione, che abbia fatto sparire il suolo, o della soppressione di una strada di comunicazione, ec. — Tanto peggio per la eredità!

Nel primo caso l'aumento e nel secondo la diminuzione la riguardano, senza esservi luogo, nè dall'uno nè dall'altro lato, a veruna compensazione o indennizzamento; dappoichè, se lo immobile fosse rimasto presso il defunto, di fatti per lui troverebbesi quindi accresciuto o diminuito: abbiamo già osservato la stessa perdita totale per caso fortuito andare a carico della eredità! (supra, n. 4187) a fortiori i semplici deterioramenti per caso fortuito debbono rimanere a suo carico; come viceversa eziandio i fortuiti miglioramenti debbono ad essa giovare (confr. art. 922 — 839).

4194. Relativamente alle spese fatte dal donatario ed a' miglioramenti o deterioramenti provenienti dal fatto suo, il Codice ha determinato nel seguente modo le basi del determinazione, cui debbono dar luogo.

Articolo 861 — 780: « In tutti i casi deve essere dato credito al donatario delle spese con le quali ha migliorata la cosa, avuto riflesso al maggior valore di essa al tempo della divisione ».

Articolo 862 — 781: « Debbono ugualmente computarsi a favore del donatario le spese necessarie, che egli ha fatte per la conservazione della cosa, ancorchè non l'abbia migliorata ».

Articolo 863 — 782: « Il donatario, dal suo canto, è tenuto pe' guasti e deterioramenti, che per suo fatto, colpa, e negligenza, abbiano diminuito il valore dello immobile ».

A dir vero cotesti articoli applicano alla subbietta materia i principii del diritto comune intorno al determinamento di tali specie d' indennizzamento la cui obbligazione può sorgere di fatti, quante volte, per effetto di risoluzione o rescissione qualsivoglia, il proprietario riacquisti, *ex causa, antiqua*, un immobile da lui precedentemente alienato, o lo riacquisti per effetto di rivendicazione avverso un terzo possessore evinto.

E conseguentemente, in conformità di cotesti principii, conviene spiegare le varie disposizioni degli articoli in esame: circoscrivere, se vi sia luogo, la generalità de' loro termini o supplire alla loro insufficienza (confr. il nostro *Trattato della distinzione de' beni*, ec., t. I, n. 683 e seg.).

1195. — Trattasi forse di riparazioni?

E' manifesto il donatario non aver diritto a veruno indennizzamento per quelle di mera manutenzione: avvegnachè ha riscosso i frutti, di cui queste specie di riparazioni costituiscono un peso (art. 605 ed 836 — 330 e 775).

Dunque alle sole grandi riparazioni puossi applicare l'art. 862. in conformità di cui deggionsi indennizzare al donatario le spese necessarie da lui fatte per la conservazione della cosa; ma a queste l'art. 862 si applica con sommo fondamento! i coeredi del donatario indarno gli obbietterebbero le spese medesime non aver migliorato la cosa; dappoichè a dir vero esse fecero molto di più: esse la conservarono! ed inoltre, se il defunto non avesse donato l'immobile, egli stesso sarebbe stato astretto a farle; ed il donatario, col farle, fece quindi per lui non utile anticipazione, *quatenus propria pecunia pepercit*.

Dalle quali cose conviene pure inferire il fortuito annientamento di quelle grandi riparazioni non esimere la eredità da siffatto debito d' indennizzamento; come se, a cagion di esempio, insegna Pothier, il fuoco celeste avesse distrutto un'abitazione colonica dopo averla il donatario riedificata, minacciando rovina (*Delle success.*, cap. IV, art. II, § 7; Demante, t. III, n. 497 bis, IV.).

Ma però in tutti i casi è dovuto lo indennizzamento soltanto di ciò che si dovette ragionevolmente spendere per quella specie di

riparazione già fatta; di ciò che costò o dovette costare, soggiungeva pure Pothier (*loc. supra cit.*): una maggiore spesa eccedente questa misura, non potrebbe riguardare necessaria (art. 862), nè quale atto di utile amministrazione (art. 1375 — 1329).

1196. — Relativamente alle spese denominate utili, dappoichè da un lato non erano necessarie o d' altro lato migliorarono nondimeno la cosa, debbe venirne indennizzato il donatario, avuto riflesso, come dichiara l'art. 861, *el maggiore valore di essa al tempo della divisione*.

Dunque anche quando il donatario avesse speso 100, se l'incremento di valore, al tempo della divisione, sia di 60, la eredità gli deve indennizzare solo 60.

Ma il donatario spese 60, e l'incremento di valore è di 100!

In tal caso basterà rimborsargli della eredità 60. Se di fatti l'art. 861 prese per base ordinaria dello indennizzamento lo incremento di valore, la ragione si è d' ordinario lo incremento medesimo esser minore della spesa; ma l'essenziale principio su cui poggia quello articolo si è l'unica obbligazione della eredità consistere nel non impinguarsi in detrimento del donatario; e conseguentemente: le basta, in tutti i casi, lo indennizzamento compiutamente (confr. Delvincourt, t. II, p. 41, nota 3; Demante, t. III, n. 197 bis, III.).

1197. — Rispetto alle spese semplicemente voluttuose, il donatario non può pretendere veruno indennizzamento: egli ha unicamente il diritto di tor via le cose aggiunte, qualora possa esercitarlo *sine latione prioris status rei* (confr. Pothier, *Delle success.*, cap. IV, art. 2, § 7; ed il nostro *Trattato della distinzione de' beni*, ec., t. I, n. 689, 690).

1198. — Il defunto donò ad uno de' successibili una porzione indivisa di un immobile; ed il successibile divenne, per effetto di divisione o licitazione, proprietario dello intero immobile:

Oppure il defunto donò ad uno de' successibili diritti ereditarii in una eredità indivisa con altri coeredi; ed il successibile esercitò il retratto successorio avverso il cessionario di uno degli altri coeredi.

Un tempo Lebrun moveva questione pressappoco somigliante nel seguente modo:

« Donovi alcuni incrementi, nè intrinseci, nè estrinseci, ma misti, riguardo a cui sembra andarsi incontro a maggiori difficoltà; co-

me se il figliuolo donatario di un feudo dominante abbia esercitato un retratto feudale prima della morte del padre; dappoichè dimandasi se in tal caso possa venire asretto a conferire il feudo riacquisito in tal guisa rimborsandogli il prezzo del retratto?... Obbietterassi, egli dice, che il figliuolo donatario è tenuto a conferire il solo fondo e non i frutti ed imposizioni intermedie; che ne debbe la collazione in quello stato onde il ricevette, e col diritto di retratto feudale, ma non già con la particolare imposizione, sopraggiunta nel frattempo in conseguenza del diritto medesimo.

« Ma la risposta si è che il figliuolo donatario debbe conferire il fondo dominante nello stato in cui trovasi in tempo della morte del padre, ma non già nello stato onde il ricevette; e che allora rinviasi aumentato per la riunione avvenuta in esecuzione del retratto; e che quindi debbe conferirlo con l'aumento medesimo » (lib. III, cap. VI, sez. III, n. 36, 37).

Cotesta soluzione ci parrebbe doversi ancora seguitare oggidì nelle due ipotesi testè addotte.

Di fatti l'erede debbe conferire tutto ciò che abbia ricevuto dal defunto direttamente o indirettamente;

Or l'aumento di quota, o il vantaggio provenuto all'erede, sia dalla divisione o da licitazione, sia dall'esercizio del retratto successorio, gli proviene indirettamente dal defunto; dappoichè la donazione appunto gli procacciò il mezzo di conseguire l'aumento ed il vantaggio stesso;

Dunque dee conferire l'oggetto donato, come affermava Lebrun, *nello stato in cui trovasi nel momento della morte*, e con l'aumento il cui germe esisteva nella stessa donazione.

È ben vero la Corte di cassazione avere statuito la facoltà di esercitare il retratto successorio non andar compresa nella costituzione di dote fatta da una donna di tutti i suoi beni (Arresto 31 mag. 1859, d'Kauterive, *Gazzetta del trib.* del 1.^o giugno 1859); e di fatti tale è pure il nostro divisamento per lo stesso motivo che dettò la Corte Suprema, cioè il retratto, sino a quando non venga esercitato, non costituire un oggetto propriamente detto, ma una semplice facoltà, una semplice possibilità di acquistare.

Ma i principii della collazione sono diversi da' principii del sistema dotale; ed è sufficien-

te il succedibile aver ricevuto dal defonto cotesta facoltà di acquistare, per dovere la collazione del vantaggio ritrattone.

Nondimeno opiniamo gli altri eredi non potere in generale dimandare soltanto la collazione dell'oggetto nello stato in cui trovavasi nel momento della donazione, lasciando al donatario il risultamento, sia della divisione e della licitazione, sia dell'esercizio del retratto seguito nel frattempo, val dire nello intervallo dalla donazione alla morte: in avvenire l'obbligo della collazione si applica all'oggetto nello stato in cui trovasi: conseguentemente l'oggetto medesimo debbesi prendere o lasciare in siffatto stato.

4199. — B. Circa i guasti e deterioramenti onde il donatario diminuì il valore dello immobile, è cosa semplicissima l'esserne responsabile (art. 863).

Ma nulladimeno dirassi esser proprietario di quello immobile!

È ben vero; ma precisamente era proprietario sotto l'obbligo condizionale della collazione; e quindi nessuna cosa poteva praticare che fusse di natura tale da menomare il pieno adempimento di cotesta obbligazione.

È questa la ragione per cui è responsabile non solo del fatto suo, in committendo, ma eziandio della sua negligenza, in *omittendo*, come quando lo immobile fosse perito o deteriorato per non avervi egli fatto le necessarie riparazioni; avvegnachè era tenuto a vigilare alla conservazione dello immobile medesimo (confr. Zachariæ, Aubry e Rau, I.V, p. 338).

4200. — È mestieri attenersi al tempo della divisione (art. 861) per computare il quantum degli indennizzamenti, che possono rispettivamente doversi dalla eredità al donatario o da questo a quella per tali spese, miglioramenti o deteriorazioni.

Tantosto ravviseremo se debbasi pure statuir così, qualora l'immobile fu alienato dal donatario prima dell'apertura della successione (infra, n. 4217).

Ma proposizione, che a noi pare ineluttabile, ad onta delle contraddizioni onde fu l'obbietto (confr. Toulier, t. III, p. 350; Mourlon. *Rep. scrit.*, t. II, p. 470), si è quanto volte l'immobile non venne alienato, lo incremento o la diminuzione di valore, emergente dal fatto del donatario, doversi determinare al tempo della divisione.

E l'art. 861, il quale così statuisce, è, a

ereder nostro, sommamente consono a' principii.

In vero, giusta il loro attual valore nel momento della formazione delle quote, i beni componenti la massa divisibile debbono venire stimati (*vedi* il tomo III, n. 647);

Or i beni conferiti formano parte della massa divisibile; ed all' uopo non potrebbero esservi per gli uni o per gli altri due diverse regole.

Se dunque lo incremento di valore risultante da' miglioramenti fatti dal donatario sia perito, anche soltanto dopo l'apertura della successione, ma prima del tempo della divisione, non gli è dovuto alcuno indennizzamento dalla eredità, la quale di fatti allora non ne cava vantaggio.

La eredità sarebbe semplicemente in tal caso obbligata d'indennizzarlo della porzione di frutti che l'incremento di valore potette produrre, prima della sua distruzione, dopo l'apertura della successione (art. 836—775).

1284. — I debiti rispettivi di tali prestazioni potrebbero forse nascere, nel caso in cui lo immobile fosse perito per caso fortuito prima dell'apertura della successione?

Manifesta ci sembra la negativa.

In vero cotesti debiti sono incidenti dell'obbligo della collazione: quelli al cui pagamento la eredità può esser tenuta verso il donatario sono reciprocenza dell'obbligo stesso; del pari che quelli al cui pagamento il donatario può esser tenuto verso la eredità ne formano l'accessorio;

Or obbligazioni meramente reciproche o accessorie possono ad evidenza effettuarsi soltanto quando la obbligazione principale, cui si annodano, si effettui essa medesima;

Dunque la perdita fortuita dello immobile, prima dell'apertura della successione, la quale rende impossibile l'obbligo della collazione, rende per lo stesso motivo eziandio impossibili i debiti reciproci o accessori delle prestazioni.

E di qui discendono due conseguenze:

1. Da un lato un donatario non può dimandare alcuno indennizzamento solo per le spese utili (la qual cosa è evidentissima). ma eziandio per le spese necessarie: indarno obbietterebbesi che se il defunto non avesse donato lo immobile, sarebbe stato esso medesimo astretto a fare cotesta necessaria spesa, e che la cosa sarebbe parimente perita presso di lui! — In vero siffatto argomento è ben fondato sol quando abbia luogo la collazione:

or precisamente nel caso in esame questa non ha luogo (*confr.* il nostro *Trattato della distinzione de' beni*, ec., t. I, n. 687).

E da ciò Delvincourt ha pure ragionevolmente inferito, a' ereder nostro, che anche quando la cosa esistesse, se lo importato delle spese necessarie da rimborsare eccedesse il suo attual valore, i coeredi del donatario potrebbero, non dimandando la collazione, esonerarsi dallo indennizzarlo (t. II, p. 41 nota 4).

II. D'altro lato la eredità non può dimandare alcuno indennizzamento avverso il donatario pe' deterioramenti da lui commessi.

Nondimeno avvisiamo esser mestieri eccettuare il caso in cui avesse ritratto vantaggio da' deterioramenti medesimi; dappoichè non sarebbe giusto conservare il vantaggio stesso proveniente da colpa; e quindi potrebbesi considerare tal colpa aver fatto sorgere contro di lui, relativamente a quel vantaggio, un obbligo di collazione speciale, il quale, avendo per obbietto una quantità, non potrebbe estinguersi con la perdita dello immobile (arg. dall'art. 1303 — 1257; *confr.* Demante, t. III, n. 497 bis, VI).

1202. — Ma lo stesso motivo su cui pogiamo la soluzione testè esposta dimostra abbastanza cotesta soluzione tornare inapplicabile nel caso in cui lo immobile fosse perito dopo l'apertura della successione.

In vero il motivo da noi addotto si è la perdita fortuita dello immobile, prima dell'apertura della successione, impedire di sorgere l'obbligo della collazione;

Or, per contrario, l'obbligo della collazione nasce quando lo immobile peri dopo l'apertura della successione (*supra*, n. 1185 e 1187).

Ed appena sorto l'obbligo principale della collazione, sursero le stesse reciproche ed accessorie obbligazioni, che poterono da quello derivare.

E da ultimo, sin dal momento in cui nascono, assunsero esistenza propria ed indipendente dalla esistenza dell'obbligo della collazione; senza il quale obbligo non avrebbero potuto sorgere, ma senza il quale, una volta sorte, possono in avvenire sussistere, nel senso andare esse medesime in avvenire sottoposte a' soli modi legali di estinzione delle obbligazioni: quindi la perdita fortuita della casa venduta, la quale libera il venditore dall'obbligo di consegnarla al compratore (art. 1302 — 1256), non libera il compra-

tore dall'obbligo di pagare il prezzo al venditore.

E di qui discendono pure due conseguenze:

1. Da un lato il donatario potrà dimandare avverso la eredità la rimborsazione delle spese necessarie; e potrebbe altresì dimandare che la eredità lo indennizzasse, non già, è ben vero, delle spese utili, non sussistendo l'incremento di valore al tempo della divisione (supra, n. 1499), ma almeno dell' aumento di rendita, che quello incremento potette produrre dall'apertura della successione sino alla perdita dell'immobile;

II. D'altro lato la eredità potrà al certo dimandare, avverso il donatario, un indennizzamento pe' deterioramenti da lui commessi, qualora avesse avuto vantaggio da' deterioramenti medesimi (supra, n. 1200).

Se non ne avesse avuto vantaggio, parrebbe allora malagovolo lo accordare alla eredità indennizzamento per un deterioramento, che non giovò al donatario, e che in ultima analisi non nocque ad essa medesima; dappoiché lo immobile perì per caso fortuito.

Ma almeno il donatario dovrebbe indubitabilmente indennizzare la eredità della diminuzione delle rendite, che il deterioramento da lui commesso potette cagionare dall'apertura della successione sino alla perdita dell'immobile (confr. Demante, t. III, n. 497 bis, VII).

1203. — Altronde il nostro Codice attribuisce al donatario una determinata garanzia per la riscossione degl'indennizzamenti, che possono essergli dovuti dalla eredità.

Ed all'obbietto l'art. 867 — 786 dispone:

« Il coerede, che deve conferire un immobile in natura, può ritenere possesso sino all'effettivo rimborso delle somme che gli sono dovute per spese o miglioramenti. »

Quale è mai il carattere di cotesta garanzia? e quali ne sono gli effetti?

È tanto più importante il determinarli in quanto che il nostro antico Diritto aveva pure attribuito, in tal circostanza, al successibile donatario una garanzia di un carattere, a creder nostro, affatto diverso e producente effetti ancora diversi.

In vero un tempo l'art. 305 della consuetudine di Parigi e l'art. 306 di quella di Orleans dichiaravano, pressapoco identicamente, ne' medesimi termini:

«...Se i predetti coeredi non vogliano rimborsare le dette spese, in questo caso il donatario è tenuto di conferire soltanto il valore

de' fondi; avuto riguardo al tempo della divisione tra essi, dedotte le spese medesime. »

Val dire, come Pothier positivamente afferma, che il donatario aveva il mezzo della ritenzione per la riscossione delle spese da dovergli indennizzare dalla eredità; e che, mancando la eredità di fargli questo indennizzamento, la collazione doveva seguire in tal caso col prendersi tanto di meno, conservandosi dal donatario lo immobile in natura sotto l'antico titolo (*Delle success.*, cap. IV, art. 2, § 7; agg. Lebrun, lib. III, cap. VI, sez. III, n. 28).

1204. — Noi affermiamo essere ben diversa la specie di garanzia attribuita al donatario dall'art. 867 G. Nap.; e avvegnaché il diritto di ritenzione, conferito dall'articolo medesimo al donatario, non impedisce che il suo titolo venga risoluto, e la collazione debba farsi sempre in natura.

La pruova ne discende dal testo medesimo dell'art. 867, il quale da un lato applicasi precisamente alla ipotesi in cui il coerede *faccia la collazione in natura di un immobile*, e d'altro lato gli permetto di ritenere il possesso sino all'effettivo rimborso delle somme che gli sono dovute; e finalmente non suppone in veruna guisa la stima dello immobile, prelevate le spese, potersi surrogare allo stesso immobile in natura.

Altronde cotesto diritto di ritenzione è unisono a' principii ed alla equità; dappoiché l'credo, cui la collazione va dovuta, o l'erede che la dee, andando sottoposti a due reciproche obbligazioni, procedenti dalla stessa causa, addiviene logico ed equo l'uno non potere astriagere l'altro allo adempimento della propria obbligazione, se non offra contemporaneamente esso medesimo di adempiere la sua (confr. il nostro *Trattato della divisione de' beni*, ec., t. I, n. 682).

1204. — Dallo attribuire l'art. 867 al donatario un diritto di ritenzione, val dire un semplice possesso a titolo di pegno, *jure quodam pignoris*, è mestieri inferire.

1. Che il donatario, il quale conferì lo immobile alla eredità, prima di venire indennizzato, avrebbe sempre un'azione avverso i coeredi, per ottenere lo indennizzamento dovutogli (arg. dall'art. 1246 — 1240; confr. Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 721);

2. Che se per contrario avesse ritenuto lo immobile, dovrebbe sempre render conto dei frutti a' coeredi, dopo l'apertura della succes-

sione (art. 856 — 775), salvo semplicemente il compensarli, sino alla debita coaccrezione, con gl'interessi degl'indeanzamenti dovutigli (arg. dagli art. 2084 e 2085 — 4954 e 1955; confr. Duranton, t. VII, n. 390; Demante, t. III, n. 200 bis, lt).

A creder nostro l'per preta confusione di principii potrebbesi pretendere, come nulladimeno ha praticato Chabot (art. 867, n. 2) il donatario, il quale abbia ritenuto lo immobile, aver lucrato i frutti come possessore di buona fede; dappoichè non era più possessore, nel senso di questo vocabolo, come rinviensi adoperato negli art. 549 e 550 — 474 e 475 era un semplice detentore! (Confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 338.).

1206. — I coeredi possono indubitabilmente, quando sieno di accordo, convenire tra essi che il donatario, in vece di conferire lo immobile in natura, ne conferirà il valore dopo prelevate le spese; e spesso sarà questa una convenzione sommamente soddisfacente per ambe le parti.

Ma tale invertimento della collazione dello immobile in collazione del valore può aver luogo oggidì unicamente mercè convenzione delle parti.

Nou pertanto Demante ha divisato :

» Forse, su l'autorità dell'antico diritto, i giudici stimerebbero poterlo ordianare, sia dietro dimanda del donatario, invocando, per essere esonerato dall'obbligo di conferire in natura, lo inadempimento della reciproca obbligazione (art. 4153 — 4136); sia per contrario dietro dimanda de'coeredi, sostenendo la collazione in natura trovarsi stabilita soltanto a lor pro, ed essere disdicevole al donatario il rifiutare la esecuzione da essi conceduta e la conservazione dell'antico titolo da lui primitivamente accettato » (T. III, n. 200 bis, l).

Ma questi due temperamenti, e segnatamente l'ultimo, ci parrebbero oppugnabili; dappoichè, avendo la stessa legge determinato, pe' varii casi, il modo onde la collazione debbe seguire, sembra malagevole lo ammettere competere al magistrato il dipartirsene (confr. Ducaurroy, Bonnier e Rostaing, t. II, n. 734).

1207. — C. Finalmente evvi una terza conseguenza del principio, che abbiamo impresso ad esporre (supra, n. 4486).

L'art. 856 la formula nella seguente guisa:

« Quando la collazione si fa in natura, i beni si riuniscono alla massa della eredità,

e liberi da qualunque peso imposto dal donatario; ma i creditori ipotecari possono intervenire alla divisione, per opporsi alla collazione che fosse per farsi in frode dei loro diritti ».

Da un lato di fatti il diritto del donatario trovandosi, sin dal principin, sottoposto alla condizione della collazione, rinviensi quindi risoluto *ex causa antiqua*; e però avvi luogo ad applicare la massima: *Solutum jure dantis, solvitur jus accipientis* (art. 4179, 4183 2125 — 4132, 4136, 2011; confr. Lebrun, lib. III, cap. VI, sez. IV, n. 4);

D'altro lato cotesta applicazione torna qui sommamente unisona a' particolari principii del nostro subbietto, il quale ha per iscopo di riporre la eredità ne'lo stesso stato che se in immobile non fosse mai uscito dal patrimonio del defunto.

Laonde la risoluzione colpisce non solo i pesi imposti dal donatario, ma ancora, ed eziandio a'fortiori, quelli che potettero imporsi semplicemente da parte sua, come l'ipoteca lega' o giudiziale: è questo al certo il senso di tale espressione adoperata nel testo in esame.

1208. — Nondimeno ben presto ravviseremo l'alienazione dello immobile, quando fu consentita dal donatario, non trovarsi per contrario risolta, e la collazione aver luogo allora col prendersi tanto di meno, in conformità degli art. 859 ed 860 — 778 e 779 (infra, n. 4212).

Ciò che fa di mestieri unicamente qui determinare si è in quali casi siavi semplice passo ed in quali alienazione.

Delvincourt insegnò che l'art. 865 è applicabile alle sole ipoteche; o che conseguentemente, quando il donatario avesse consentito, sia un diritto di usufrutto, di uso o abitazione, sia una servitù reale, faceva mestieri applicare l'art. 860, e che la collazione doveva aver luogo col prendersi tanto di meno (t. II, p. 44, nota 2).

Ma tal dottrina non è stata ammessa; ed opiniamo non poterlo essere :

4. Di fatti il testo medesimo dell'art. 865 si applica a *qualunque peso* imposto dal donatario: or chi dice tutto, non eccettua nulla!

E noi dobbiamo tanto più intender così il predetto articolo, in quanto che all' uopo riproduce semplicemente la regola del nostro antico diritto, in cui reputavasi indubitato lo immobile conferito in natura tornare alla eredità, senza ipoteche, servitù o altri diritti,

che vi avesse potuto imporre chi l'abbia conferito (Pothier, introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 95; agg. *De'le success.*, cap. VI, art. 2 e 8).

È ben vero l'art. 865, con la sua ultima disposizione, attribuire espressamente a' soli creditori aventi ipoteca il diritto d'intervenire nella divisione; ma indubitamente è questa una semplice cauzione dimostrativa, la quale non potrebbe modificare l'assoluta generalità della prima e principale disposizione dell'articolo medesimo.

2. Questo testo, così inteso, è altronde sommamente anisono a principii generali del diritto ed al particolare scopo propostosi qui dal legislatore.

Imperocchè, a norma de' principii, le servitù reali e lo stesso usufrutto, il quale è una preta servitù personale, costituiscono pesi dello immobile, non producenti tramutamento della proprietà, nè conseguentemente alienazione (ved. il nostro *Trattato della distinzione de' beni; del usufrutto* ec. t. II, n. 221).

E, giusta le vedute politiche ed economiche del legislatore, in questa circostanza, è manifesto che se ha mantenuto le alienazioni consentite dal donatario, l'oggetto si è il non frapportare ostacolo alla circolazione de' beni; e che quindi non ha dovuto attribuire lo stesso favore a pesi, come l'usufrutto o le servitù, i quali per contrario essi medesimi arrecano impacci alla circolazione predetta (confr. Duranton, t. VII, n. 405; Duenurroy, Bonnier e Rousting, t. II, n. 731; Zachariae, Aubry e Rau, t. V. p. 338; Demante, t. III, n. 498 bis, I).

4209.—Pothier, nel suriferito luogo (*supra* n. 4207) della introduzione alla consuetudine di Orleans, si esprimeva così:

« Quando la collazione si faccia col prendersi tanto di meno, e similmente quando il fondo conferito nella massa sia caduto, nella quota dell'eredità, il quale lo conferi, la collazione reputasi puramente fittizia: il fondo conferito reputasi essere sempre continuato ad appartenere al figliuolo cui fu donato... »

Laonde, a credere di Pothier, i pesi imposti dal donatario non andavan risolti:

4. Quando la collazione dello immobile avesse avuto luogo col prendersi tanto di meno;

2. Quando anche avendo la collazione avuto luogo in natura, lo immobile cadesse, per

evento della divisione, nella quota dell'eredità che il conferi.

Convien non esitare ad ammettere ancora oggidì coteste due soluzioni.

Primamente la prima soluzione viene espressamente imposta dal testo medesimo dell'art. 865, il quale è applicabile *sol quando fa collazione si fa in natura*; ed è desso del pari unisono a' principii; avvegnacchè torna manifesto allora non avvenire effettivamente alcuna risoluzione nel titolo del donatario, conservando a titolo di quota ereditaria lo stesso immobile che ricevette a titolo di anticipazione di eredità.

4210.—E relativamente alla seconda soluzione, a noi pare altresì sommamente giuridica.

Non pertanto dobbiamo affermare essere stata questa oppugnata.

Laonde Chabot insegnò primamente i pesi imposti dal donatario, annientati per effetto della collazione in natura, non poter risorgere, anche quando l'immobile andasse compreso nella quota dell'eredità donataria: nulladimeno quello autore abbandonò dappoi cotesta dottrina (art. 865, a. 5); ma Toullier, il quale l'aveva adottata dopo di lui; non cessò di propugnarla, eziandio dopo avere Chabot abbracciato l'opposta opinione (t. II, a. 514 e nota 4).

Siffatta ultima opinione è, a parer nostro, l'unica che possa venire ammessa:

Sia perchè, a norma dell'art. 883 — 863, reputandosi l'eredità donataria esser succeduto solo ed immediatamente nello immobile compreso nella sua quota, torna manifesto conservare ancora a titolo di porzione ereditaria, in questo caso, il precedente caso (*supra*, n. 1204), lo immobile che ricevette a titolo di anticipazione di eredità, e quindi puossi affermare il suo titolo effettivamente non esser soggiaciuto a risoluzione;

Avvegnacchè, anche ammettendo il suo titolo esser soggiaciuto a risoluzione, la risoluzione medesima, da un lato, era meramente condizionale, val dire subordinata all'evento della divisione; e d'altro lato avrebbe avuto luogo nello interesse affatto relativo dei coeredi cui la collazione andava dovuta; talchè lo stesso donatario non potrebbe pretendersene contro i proprietari aventi causa!

È forse uopo soggiugnere cotesta soluzione cotanto logica addivenire inoltre eminentemente unisona alla buona fede, alla equità, al pubblico interesse! (confr. decis. C. di

Caen, 1. cam., 12 nov. 1823, d' Hantefeville, Delvincourt, t. II, n. 731; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 339; Demante, t. III, n. 195 bis, III; Duvorgier sopra Toullier, t. II, n. 514, nota 4).

1211. — Ed ecco precisamente ciò che spiega per qual ragione il legislatore credette dover conferire qui specialmente a' ereditori ipotecari, e più generalmente a tutti coloro a quali il donatario attribui diritti reali su l' immobile, la facoltà d' intervenire nella divisione per impedire farsi la collazione in frodo de' loro diritti, val dire vigilare:

1. Affinchè la collazione non abbia luogo in natura, se possa seguire col prendersi tanto di meno;

2. Affinchè, se la collazione abbia luogo in natura, i coeredi non pongansi di accordo per impedire che lo immobile ricada nella quota dell' erede, che l' abbia conferito.

Altronde cotesta facoltà d' intervento è di diritto comune (art. 882 — 802; ved. il tomo III, n. 604); e se il legislatore ne ha fatto particolar menzione in questa circostanza, la ragione si è di fatti cotesta circostanza essere una di quelle in cui offre a' terzi interessati un appoggio particolarmente utilissimo.

1212. — La regola testè esposta, a norma di cui la collazione degl' immobili dovuti può e deve in generale farsi degli stessi immobili in natura (*supra*, n. 4184), soggiace a talune eccezioni.

In vero in quattro ipotesi la collazione degl' immobili debbe o può, secondo i casi, farsi col prendersi tanto di meno, cioè:

A. — Quando il donatario abbia alienato lo immobile prima dell' apertura della successione;

B. — Quando l' abbia fatto perire per colpa sua;

C. — Quando si trovino nella eredità immobili della stessa natura, valore e bontà, di cui possono formare quote pressappoco eguali per gli altri coeredi;

D. — Finalmente, quando il donante abbia conceduto al donatario la facoltà, o gli abbia imposto l' obbligo di conferire soltanto il valore dello immobile o una determinata somma.

Coteste varie eccezioni non tutte hanno eguale ampiezza; e non vengono annodati i medesimi effetti a ciascuna di esse.

Laonde è necessario successivamente disaminarle.

4213. — A. L' art. 859 — 778 dichiara

potersi esigere la collazione in natura, riguardo agl' immobili, ogni qualvolta l' immobile donato non sia stato alienato dal donatario (*supra*, n. 1207).

È l' art. 860 — 779, nel compiere siffatta disposizione, si esprime così:

« La collazione ha luogo per imputazione, e quando il donatario ha alienato l' immobile prima dell' apertura della successione. Tale collazione si fa, avuto riguardo al valore dell' immobile al tempo dell' aperta successione. »

Nulladimeno il donatario aveva una proprietà risolvibile; e quindi sembra aver dovuto poter trasmettere a' terzi compratori una proprietà risolvibile come la sua. Questa inedesima obbiezione sembra segnatamente gravissima, quando pongasi mente i pesi reali da lui imposti su l' immobile trovarsi colpiti dalla stessa risoluzione che colpisce il proprio diritto (art. 865 — 784; *supra*, n. 4206).

Dirassi forse, per spiegare il mantenimento delle alienazioni, la condizione, la quale colpisce il diritto del donatario, essere potestativo sotto alcuni riguardi; dappoichè va subordinata ad un avvenimento che è in poter suo di far accadere o impedire, cioè la sua accettazione della eredità; e conseguentemente non si è voluto lasciare in sua balia i terzi compratori, suoi aventi causa? (art. 4170 — 4423).

Cotesto divisamento non sarebbe al certo sornito di alquanto esattezza.

Ma allora, e con questo motivo, come mai spiegare la risoluzione de' pesi reali? e da qual ragione muove la differenza?

Il vero si è non essere agevole addurne una rigorosa spiegazione.

Ciò che puossi osservare si è siffatta differenza sussistere nel nostro antico diritto: per giustificarla, sotto il punto di vista della pratica utilità, anzichè della purezza del diritto, affermavasi: *Res inter cohaeredes non sunt amare tractandae* (Pothier, *Delle success.*, cap. IV, art. 2, §. 7).

Il nostro legislatore, avendo rinvenuta bella e fermata tal differenza, volle ritenerla; e vi fu indotto indubitabilmente, sia nel privato interesse de' terzi compratori e degli eredi donatarii, ad obbietto di preservare gli uni dalle erizioni e gli altri da' regressi in garanzia; sia nel pubblico interesse, ad obbietto di non porre in certa guisa fuori circolazione gl' immobili numerosissimi che trovansi in questa condizione.

Or già osservammo (*supra*, n. 1207) co' questo motivo di pubblico interesse non sorreggere con la stessa vigoria il mantenimento de' semplici diritti reali (confr. Agnès, *Della proprietà considerata come principio di conservazione*, ec., t. I, p. 199 e seg.).

Altronde nel nostro Codice non è questo l'unico esempio di tal differenza fra la costituzione delle ipoteche o altri pesi reali e l'alienazione della stessa proprietà.

Sonovi ancora altri casi in cui il nostro Codice mantiene la concessione del diritto di proprietà, e non mantiene la concessione del diritto d'ipoteca e degli altri pesi.

In altri termini, sonovi pure persone le quali non essendo state giammai proprietarie, ovvero essendo cessato retroattivamente di esserlo, per effetto di condizione risolutiva avran potuto trasmettere un diritto di proprietà incommutabile, e non avran potuto per contrario conferire una ipoteca incommutabile.

Laonde, in conformità degli art. 929 e 930 — 846 ed 847, in caso di azione di riduzione per lesione della riserva, debbonsi escutere i beni del donatario, prima di evincere i terzi compratori; mentre il diritto de' creditori ipotecari si risolve senza veruna escussione.

Laonde altresì, a norma dell'art. 2263 — 2171, se chi usurpò un immobile, il vendette ad un terzo compratore di buona fede, costui può acquistarne la proprietà incommutabile con la prescrizione di dieci o venti anni; mentre le ipoteche costituite dall'usurpatore, semplice proprietario apparente, diverranno incommutabili sol quando lo stesso costituente divenisse incommutabile proprietario (ved. pure il nostro *Trattato delle servitù*, t. II, n. 781).

Val dire che, in conformità della general teorica del nostro Codice, la esistenza della ipoteca va essenzialmente annodata alla sorte della stessa proprietà; che la proprietà ne forma la necessaria base; e che l'apoteigma: *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet* applicasi molto più rigorosamente alla ipoteca ed agli altri semplici pesi che al diritto di proprietà.

L'art. 958 — 883 apporta nulladimeno eccezione a cotesta teorica relativamente alla revocazione della donazione tra vivi per causa d'ingratitude; ma tale eccezione, fondata sul carattere in certa guisa penale di siffatta risoluzione, essa medesima conferma la regola generale, di cui gli art. 860 ed 865 co-

stituiscono al certo, nella subbietta materia, una notevolissima applicazione.

1214. — Altronde cotesta eccezione si applica però unicamente al caso in cui prima dell'apertura della successione il donatario alienò lo immobile (art. 860).

Di fatti aperla una volta la successione, lo immobile che trovavasi ancora in quel tempo presso il donatario reputasi divenuto di pieno diritto, per effetto dell'avverata coodizione, un oggetto ereditario, comune ed indiviso fra tutti i coeredi (*supra*, n. 1199); e l'erede, il quale erane donatario, non può alienar quello immobile al pari degli altri beni ereditari senza consenso de' coeredi (confr. Chabot, art. 859, n. 1; Durantou, t. VII, n. 382; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 341, Demante, t. III, n. 495 bis, II).

1215. — Non avvisiamo esservi luogo qui a distinguere le alienazioni a titolo oneroso da quelle a titolo gratuito.

In vero gli art. 859 ed 860 testualmente dispongono in assoluto modo la collazione dover seguire per imputazione, quando il donatario alienò lo immobile: or la donazione tra vivi è un modo di alienazione al pari della vendita o della permuta (art. 711 — 632; ved. il tomo I, n. 4).

Soggiuguiamo un'altra soluzione somministrare al successibile un facile mezzo di rievocare esso medesimo la donazione tra vivi, che potette consentirlo dello immobile ricevuto dal suo autore: or similante facoltà sarebbe sommamente contraria allo essenzial carattere della donazione tra vivi (confr. il nostro *Trattato dell'assenza*, n. 456; Chabot, art. 859, n. 2; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 341; Ducaurroy, Bonaïer e Rostaing, t. II, n. 726).

1216. — Che mai converrebbe statuire, quante volte il valore dello immobile alienato eccedesse il valore della porzione ereditaria spettante al successibile donatario?

Torna manifesto in tal caso la collazione della eccedenza non poter seguire per imputazione; dappoichè cotesto modo di collazione va necessariamente circoscritto all'ampiezza della porzione ereditaria del successibile (*supra*, n. 4182).

Ma allora i terzi compratori potrebbero forse venire evinti per effetto della domanda di collazione?

Primamente la negativa tornerà indubitata, se essendo solvibile il successibile donatario, possa egli medesimo indennizzare i coe-

redi della eccedenza di valore dello immobile su la sua quota ereditaria (arg. a fortiori dall'art. 930).

Ma supponiamo la insolvibilità del successibile donatario!

Allora, per pretendere i coeredi poter agire avverso i terzi compratori, potrebbesi ragionare nella seguente guisa:

Il donatario sfugge la conseguenza, logicamente risultante dalla risoluzione del titolo, val dire l'obbligo della collazione in natura, nella sola supposizione e sotto la condizione di una collazione per imputazione (art. 259 ed 860);

Or la collazione per imputazione torna impossibile nella nostra ipotesi;

Dunque è uopo allora attenersi alla regola generale, a norma di cui lo immobile donato debbesi conferire in natura, non potendosi avverare la condizione con la quale soltanto avrebbesi potuto conferire per imputazione.

Cotesto sillogismo indubitatamente tornerrebbe ineluttabile, se si concedesse la maggiore, ma precisamente essa a noi pare inesatta.

In vero dalla stessa compilazione dell'art. 859 risulta in certa guisa pur come regola il legislatore avere statuito la collazione dover seguire per imputazione quando l'immobile donato venne alienato dal donatario (*supra*, n. 4184); e ciò che torna ancora indubitato si è siffatta disposizione rinvenirsi scritta in termini generali ed assoluti nell'art. 860; talchè riuscirebbe impossibile, atteso un testo cotanto positivo, di ordinare in verun caso la collazione in natura dello immobile alienato.

Dunque l'azione di collazione, sotto questo punto di vista, è meno energica dell'azione di riduzione (confr. art. 859, 860 e 930); nè conviece meravigliarsene; avvegnachè la prima si esercita entro i limiti della quota disponibile, o nello interesse di una eguaglianza, la quale al postutto può venire annientata dalla volontà del defunto; mentre la seconda ha per scopo di garantire la riserva, la quale dee sempre rimanere intatta (confr. Toullier, t. II, n. 495; Chabot, art. 860, n. b; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 341; Demante, t. III, n. 495 bis, i.).

1247. — A norma dell'art. 860, quando il donatario alienò lo immobile prima dell'apertura della successione, debbesi la collazione, avuto riguardo al valore dello immobile al tempo dell'apertura della successione.

Laonde la legge non si attiene al valore

dello immobile al tempo della donazione, nè al suo valore al tempo dell'alienazione.

Essa neppure ha riguardo al prezzo dell'alienazione, se lo immobile fu alienato a titolo oneroso.

Debbesi unicamente conferire il valore dello stesso immobile in tempo dell'apertura della successione.

Quale ne è il motivo?

Il motivo si è non aver potuto dipendere dall'erco medesimo il mutare, rispetto a' coeredi, l'oggetto della sua obbligazione: se il legislatore credette dovere, per temperamento, per riguardo verso alcuni interessi (*supra*, n. 4212); mantenere le alienazioni, credette simultaneamente dovere, nelle relazioni dei coeredi cui va dovuta la collazione, e dell'erco che la dee, mantenere la regola a norma di cui il debitore non può, per semplice volontà sua, mutar l'oggetto della sua obbligazione, e sostituire ad un debito di corpo certo un debito di quantità.

E per siffatte ragioni, uniformemente alle antiche tradizioni, il nostro Codice ha virtualmente sancito il principio, non ostante l'alienazione il donatario doversi sempre riguardare, rispetto a' coeredi, e relativamente alla esecuzione dell'obbligo della collazione, qual debitore dello stesso immobile, e conseguentemente tenuto, se noi conferisca in natura, di conferirne lo equipollente valore; per modo che la eredità torni allo stato medesimo che se quello immobile non si fosse mai alienato, avvegnachè nulla dimostra di fatti lo stesso defunto averlo alienato, se non avesse fatto la donazione.

1248. — Non pertanto l'art. 860 soggiugne in questo caso, doversi la collazione del valore dello immobile in tempo dell'apertura della successione.

Ed è mestieri convenire cotesta disposizione sembrare non essere in armonia col principio da noi seguitato.

In vero se lo immobile non si fosse alienato, sarebbesi stimato secondo il suo valore in tempo della divisione, in qualsivoglia modo altronde se ne fosse fatta la collazione, sia in natura (*supra*, n. 4199), sia per imputazione (*infra*, n. 1225); e siffatta regola è inisona inoltre al principio generale in materia di obbligazione di corpo certo (confr. art. 1245—1198).

Or essendo il principio adottato dalla legge non cessar lo immobile, non ostante l'alienazione, di formare esso medesimo l'oggetto

della collazione, e quindi dover la eredità, in questo come negli altri casi, tornare allo stato medesimo, che se la donazione non fosse seguita, logica conseguenza non erano forse doversi parimente, in tal caso, conferire il valore dello immobile non al tempo dell'apertura della successione, ma al tempo della divisione?

Di fatti avvisiamo che tal conseguenza sarebbe stata logica: laonde, sotto l'impero del nostro antico diritto, era ammessa la regola il donatario, il quale avesse alienato il fondo, doversi come insegnava Pothier, conferire il prezzo che volesse al tempo della divisione (introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 92, o *Delle success.*, cap. IV, art. 2, § 7; Lebrum, lib. III, cap. VI, sez. III, n. 29; Guy — Coquille, *Delle donaz.*, p. 274, 275).

Adunque per pretto innovamento l'odierno legislatore ha statuito esser mestieri, in caso di alienazione, aver riguardo al valore dello immobile al tempo dell'apertura della successione: indubitatamente avrà stimato convenire allora attenersi al momento stesso in cui nasce l'obbligo della collazione; avvegnacchè tale obbligo, sorto una volta, può in avvenire aver per obbietto unicamente il costante; e non andando la collazione per imputazione, in questo caso, subordinata alla condizione della esistenza, nella eredità, di altri immobili della stessa natura, valore e qualità, non era necessario mantenere sino al tempo della divisione la finzione, per effetto di cui il donatario, dopo aver alienato lo immobile, reputasene nondimeno sempre il condizionale debitore.

1219. — Ma per l'opposto altre conseguenze sommamente logiche del principio da noi propugnato vengono sancite dal legislatore!

Primariamente ne risulta che, se lo immobile alienato sia perito per caso fortuito, prima dell'apertura dell'eredità, presso il terzo compratore, l'erede donatario rimane liberato da ogni obbligo di collazione; e che non debba indennizzare alla eredità il prezzo di vendita da lui ricevuto, o che ancora gli si dovesse.

« È pure una conseguenza, insegnava Pothier, che se il fondo sia totalmente perito, dopo averlo venduto, rimane totalmente liberato dalla collazione. A dir vero trae utile dal prezzo riscosso nel venderlo, ma cotesta utilità gli proviene dalla sua buona fortuna, e non costituisce un pretto vantaggio da lui ritrat-

to in detrimento della eredità del defunto, il quale gli donò unicamente il fondo, che, essendo perito, non rinverrebbe più nella eredità di lui, anche quando non gli si fosse donato. » *Introd.* al tit. XVII dell'a cons. di Orleans, n. 92; e *Delle success.*, cap. IV, art. 2, § 7.)

È ben vero, sotto l'impero del novello diritto, cotesta dottrina avere incontrato alcuni oppositori (confr. Vazeille, art. 855, n. 5; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 855, osserv. 2).

Ma non pertanto viene essa generalmente accolta, e, a creder nostro, con sommo fondamento:

1. Di fatti l'art. 855 — 774 dispone in modo assoluto lo immobile perito per caso fortuito non andar sottoposto a collazione; e non distingue se lo immobile sia quindi perito presso il donatario o presso un terzo compratore.

2. L'art. 860 dichiara, in caso di alienazione, doversi la collazione del valore dello immobile al tempo dell'apertura della successione: or lo immobile totalmente perito non ha più però alcun valore; dunque allora non può doversi alcuna collazione.

3. Da ultimo siffatta soluzione trovasi imperiosamente imposta dallo stesso principio regolatore della subbietta materia.

Tal principio si è la vendita, relativamente a' coeredi del donatario, essere *res inter oīes acta*; non aversi riguardo menomamente al prezzo che il donatario potette ricevere; ma doversi attenersi soltanto o sempre al valore dello stesso immobile in tempo dell'apertura della successione.

Il donatario vendette per 400; e l'immobile vale 420 in tempo dell'apertura della successione: egli dee conferire 420.

Il donatario vendette per 120; e l'immobile vale 400 in tempo dell'apertura della successione: egli dee conferire soltanto 101; come dovrebbe conferire 50, 20 ed anche 40 se lo immobile in questa ultima epoca valesse 50, 20 ed anche 10.

E però ad evidenza nulla debbe conferire, qualora, in quella epoca, l'immobile nulla valga, essendo perito per caso fortuito.

Dunque il donatario vendette a suo rischio e pericolo: è ben vero poter guadagnare; ma primieramente non a detrimento della eredità; dappoichè la eredità stessa avrebbe perduto l'immobile, anche quando il defunto non l'avesse donato: di fatti nulla prova che

egli medesimo l'avrebbe venduto; ed inoltre se il donatario può guadagnare, nel caso in cui lo immobile, dopo la vendita, deteriori o perisca, può perdere del pari, qualora lo immobile migliori o si trovi essere, dopo la vendita, di valor maggiore del prezzo da lui ricevuto! questa reciprocità di eventi elimina puro ogni rimprovero d'ingiustizia o inegaglianza, che si volesse muovere avverso una soluzione cotanto unisona a' testi ed ai principii (confr. Delvincourt, t. II, p. 43, nota 9; Toullier e Duvergier, t. II, n. 498; Duranton, t. VII, n. 392; Malpel, n. 271; Encarroy, Bonnier e Rostaing, t. II, n. 748; Demante, t. III, n. 490 bis, II; Toullier, t. III, p. 354; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 342).

1220. — Ma ben si comprende, in questo caso, il donatario rimanere liberato dall'obbligo della collazione sol quando lo immobile peri, *apud emptorem*, prima dell'apertura della successione (*supra*, n. 1213).

Per l'opposto la soluzione dovrebbe essere effatto diversa, qualora lo immobile peri dopo l'apertura della successione; dappoiché osservammo, a norma dell'art. 860, non solo l'obbligo della collazione essere sorto allora a principiare dal dì dell'apertura della successione, ma altresì avere avuto, a cominciare dal giorno medesimo, per obbietto l'attuale valore dello immobile, val dire effettivamente un debito di contante e di quantità, e conseguentemente un debito invariabile (confr. Demante, *loc. supr. cit.*, e n. 496 bis, II).

1221. — L'art. 864 — 783 desume pure una conseguenza naturalissima dal principio da noi propugnato nella seguente guisa:

« Nel caso in cui l'immobile sia stato alienato del donatario, i miglioramenti o deterioramenti fatti dall'acquirente, devono esser computati in conformità de' tre articoli precedenti. » (art. 861, 862, 863; *supra*, n. 1192 e seg.).

Essendo la vendita *res inter alios acta*, relativamente a' coeredi del donatario, torna semplicissimo che costui, rimanendo sempre verso di essi, debitore dell'immobile, risponda de' fatti del compratore, il quale è suo a vente causa.

Del pari che, reciprocamente, i suoi coeredi, alla volta loro, debbono indennizzarlo dei miglioramenti fatti dal compratore, come se gli avesse fatti esso medesimo.

1222. — Non pertanto avvisiamo, in que-

sto caso, val dire quando in immobile venne alienato, il tempo cui è forza attenersi, per estimare lo incremento di valore risultante da' miglioramenti fatti dal compratore, essere il tempo dell'apertura della successione.

E ben vero, quando lo immobile non fu alienato, cotesto incremento di valore doversi determinare al tempo della divisione, sia che la collazione facesi in natura, sia che facesi per imputazione (confr. *supra*, n. 1199, ed *infra*, n. 1225).

E parrebbe emergere dagli art. 864 ed 864 dover così avvenire eziandio in caso di alienazione: di fatti l'art. 864 dispone i miglioramenti o deterioramenti fatti dal compratore doversi imputare in conformità de' tre articoli precedenti, in cui rinviasi l'art. 861: or l'art. 861 dichiara doversi aver riguardo al maggior valore al tempo della divisione; e cotesto articolo sembrerebbe tanto più doversi applicare al caso di alienazione come agli altri casi, in quanto che da un lato viene immediatamente dopo l'art. 860, il quale parla del caso in cui lo immobile fu alienato: e d'altro lato esso medesimo dichiara in tutti i casi doversi attenersi al tempo della divisione (confr. Duranton, t. VII, n. 384; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 343).

Ma nulladimeno ci sembra impossibile lo ammettere tal conclusione:

Lo stesso art. 860 positivamente dispone! che, qualora lo immobile fu alienato, debbesi la collazione dello immobile, avuto riguardo al suo valore al tempo dell'aperta successione.

Or non comprenderebbesi come mai dopo una cotanto esplicita disposizione, il legislatore avrebbe potuto voler applicare eziandio al caso di alienazione un articolo, il quale dichiara che, per determinare lo incremento di valore risultante da' miglioramenti, val dire finalmente per determinare il valore dello immobile, debbasì per contrario aver riguardo al tempo della divisione.

La espressione adoperata nell'art. 861 in tutti i casi, del pari che il rimando fatto dall'art. 864 all'art. 861, deggionsi adunque considerare riguardar l'obbligo stesso de' reciproci indennizzamenti, nascenti di fatti in tutti i casi, sia che lo immobile non venne, sia che venne alienato; ma non si riferiscono quando lo immobile fu alienato, all'epoca in cui debbesi far la stima; e se l'art. 864 offre all' nopo qualche ambiguità, è forza scorgervi un vestigio ed una specie di reminiscenza

del nostro antico diritto, era precisamente il legislatore del Codice Napoleone derogò su tal punto (confr. *supra*, n. 4247; Ducaurroy, Bonnier e Rostaing, t. II, n. 726; Demante t. III, n. 497 bis, 1°).

4223. — Dal continuare sempre lo stesso immobile, ad onta dell'alienazione, a formar l'oggetto dell'obbligo della collazione conseguiva ancora doversi conferire in natura, se fosse tornato, nel momento dell'apertura della successione, al patrimonio del donatario ovvero so, per una causa qualsivoglia, il compratore consentisse a rilasciarlo, senza andare il donatario esposto ad azione di garanzia (confr. Duranton, t. VII, n. 383; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 341).

4224. — Il principio, da noi testè esposto con le varie conseguenze che ne emergono, si applica altronde al caso di alienazione volontaria, val dire a quella che ebbe luogo per effetto di causa proveniente dal fatto personale del donatario, e la quale avrebbe potuto per contrario non effettuarsi, se lo immobile fosse rimasto presso il defunto, come la vendita amichevole, ovvero l'aggiudicazione dietro pegnoramento d'immobili ad istanza de' creditori del donatario.

Ma il principio da noi propugnato non applicasi alle alienazioni forzate o necessario, val dire a quelle precedenti da causa tale da effettuarsi presso il defunto, se lo immobile non si fosse donato, come si è effettuata presso il donatario; come una spropriazione forzata per causa di pubblica utilità, una licitazione promessa da un condomino, ovvero l'esercizio di un'azione, sia di ricompra, sia di rescissione.

Di fatti in questi ultimi casi non è ben fondato il sostenere il donatario avere alienato lo immobile, nel senso attribuito ad evidenza dall'art. 860 a cotesta espressione; avvegnachè allora l'alienazione non procede direttamente né indirettamente dal fatto personale del donatario; e dello stesso fondamentale principio della subbietta materia, per effetto di cui il donatario era debitore dello immobile in essenza ed in specie, discende la duplice conseguenza:

Da un lato dover egli le somme da lui riscosse pel prezzo di coteste specie di alienazioni o evizioni (arg. dell'art. 4303—1257);

E d'altro lato dover invariabilmente, nè più nè meno, tali somme, senza poterne rimanere liberato dalla stessa perdita fortuita dello immobile, sopraggiunta dopo averne

perduto la proprietà per effetto di questa necessaria causa.

Imperocchè tutto ciò sarebbe avvenuto del pari, se lo immobile fosse rimasto presso il defunto; e conseguentemente le somme ricevute dal donatario si ripeterebbero ricevute dallo stesso defunto; e si rinnoverebbero nella eredità (confr. Pothier, *Delle success.*, cap. IV, art. 2, § 7; Lebrun, lib. III, cap. VI, sez. III, n. 33; Chabot, art. 860, n. 4; Buguet sopra Pothier, t. I, p. 347; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 493, nota a; Demante, t. III, n. 496 bis, 1°; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 342).

1225. — B. Anche quando lo immobile non venne alienato dal donatario, la collazione può seguire soltanto per imputazione, se si trovino nella eredità immobili della stessa natura, valore e bontà, onde possansi formare quote pressochè eguali per gli altri coeredi (art. 859 — 778; confr. art. 924—841).

Tale eccezione è unisona alla ragione ed alla equità; dappoichè il donatario può avere interesse a conservare l'immobile donatogli; ed i suoi coeredi per l'opposto non hanno interesse che egli lo conferisca in natura, se sia possibile provvedere in altra guisa alla eguaglianza nella formazione delle quote, come viene imposta con gli art. 826 ed 832—745 e 751.

Non per tanto ci sembra emergere dall'art. 859 esser questa semplicemente una facoltà pel donatario, il quale potrebbe conseguentemente, se il preferisca, fare eziandio in questo caso la collazione dello immobile in natura; e così di fatti Pothier divideva sotto l'impero del nostro antico diritto (*Delle success.*, cap. IV, art. 2, § 8; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 340; Ducaurroy, Bonnier e Rostaing, t. II, n. 723; Demante, t. III, n. 202 bis, 1°; ved. nondimeno la sentenza del tribunale civile della Senna del 28 giugno 1856, Brun, *Gazzetta de' Trib.* del 2 luglio 1856).

4226. — Altronde quando la collazione facciassi in tal caso per imputazione, sempre lo stesso immobile forma l'oggetto dell'obbligo della collazione.

E di qui discendono due conseguenze:

1. Doversi stimare il suo valore al tempo della divisione: primieramente perchè è regola generale i beni di fatti doversi stimare secondo il loro valore in quel tempo (*supra*, n. 4199); e secondariamente perchè la regola medesima torna qui tanto più applicabile in

quanto che la facoltà della collazione dello immobile per imputazione, nel particolar caso in esame va subordinata alla esistenza nella eredità di altri immobili similianti: or al tempo della divisione il valore degli altri immobili vien determinato: dunque parimente a quel tempo debbesi determinare il valore dello immobile sottoposto a collazione; affinché la correlazione, da sussistere fra gli uni e gli altri, possa venire assodata e riconosciuta; dunque a noi torna impossibile lo ammettere il sentimento di Aubry e Rau sopra Zachariae (t. V, p. 340), i quali sembrano assegnare per l'opposto doversi allora lo immobile stimare secondo il suo valore al tempo dell'apertura della successione (confr. Ducaurroy, Bonnier e Rostaing, t. II, n. 727; tennante, t. III, n. 496 bis. II);

2. L'obbligo della collazione estinguersi per la perdita fortuita dello immobile, sopraggiunta eziandio dopo l'apertura della successione (art. 855—774; *supra*, n. 4187; Zachariae, Aubry e Rau, *loc. supra cit.*).

4227. — C. Torna manifesto la collazione in natura non potere più aver luogo quando lo immobile perì per colpa o fatto del donatario o de' suoi aventi causa.

Ma allora debbesi la collazione del valore, che lo immobile verosimilmente avrebbe, se non fosse stato distrutto (arg. dagli art. 864—864; Pothier, *Delle success.*, cap. IV, art. 2, § 8).

Del suo valore in qual tempo?

Si è risposto: nel tempo dell'apertura della successione (Chabot, art. 855, n. 6; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 340).

E non piuttosto in tempo della divisione? dappoiché il donatario è tenuto, nè più nè meno, di riporre la eredità nello stato stesso che se lo immobile non fosse perito per fatto suo: or, se lo immobile non fosse perito per fatto suo, i suoi coeredi l'avrebbero effettivamente rinequizzato, secondo il suo valore al tempo della divisione (art. 864—780).

Dunque unicamente nel caso in cui lo immobile perì presso un terzo compratore, potrebbe esservi luogo ad attenersi al valore suo in tempo dell'apertura della successione (art. 860—779).

4228. — D. Finalmente la collazione dello immobile donato ha luogo pure per imputazione, quando fu questa la volontà del defunto (*supra*, n. 4214).

Ma all'uopo è rilevante osservare cotesta volontà potersi manifestare in due diver-

se guise non producenti gli stessi effetti:

1. — Il defunto potette conferire al donatario la facoltà di ritenere lo immobile donato pagando alla eredità il suo valore o non determinata somma.

Ed in tal caso sempre lo immobile forma l'oggetto dell'obbligo della collazione: la stima dello immobile o la somma determinata non è di per sè in obbligatione; ma è, come suol dirsi, in *facultate solutionis*.

Dalle quali cose risulta:

4. La perdita dello immobile per caso fortuito, prima o dopo l'apertura della successione, liberare il donatario da ogni obbligo della collazione;

2. Il donatario potere, se il preferisca, conferire lo stesso immobile in natura;

3. Se per contrario preferisca ritenere lo immobile, dover la stima o la somma determinata preventivamente ed in forma aleatoria per tal caso dal defunto (confr. Delvincourt, t. II, p. 41, nota 9; Duranton, t. VII, n. 392; Ducaurroy, Bonnier e Rostaing, t. II, n. 723 e 729).

11. — Per l'opposto il defunto potette manifestare la volontà di non conferirsi in alcun caso lo immobile in natura; e quindi potette attribuirlo la proprietà incommutabile al donatario, a condizione di pagare egli alla eredità una somma stabilita e determinata aleatoriamente.

Ed in questo caso non lo immobile, ma la somma determinata costituisce l'oggetto dell'obbligo della collazione.

Dalle quali cose per l'opposto emergerebbe:

1. La perdita fortuita dello immobile, eziandio prima dell'apertura della successione, non liberare il donatario dall'obbligo della collazione della somma;

2. Il donatario non potero offrire la collazione dello immobile in natura del per che non potrebbe prendere da lui;

3. Dover sempre e non dover mai se non la somma determinata, qualunque si fossero le diminuzioni o gli aumenti di valore sopraggiunti allo immobile.

In buona sostanza allora applicherebbesi la dottrina della collazione per imputazione dei mobili (*infra*, n. 4239, 4240); dappoiché il vero si è il donatario dover la collazione di un mobile, cioè della somma determinata.

4229. — Ora in quali casi la prima di tali ipotesi si avvererà?

Ed in quali casi la seconda?

Ad evidenza è questa una mera quistion di

fatto, da risolversi secondo le circostanze di ciascuna specie, e soprattutto giusta i termini ed il ravvicinamento delle diverse clausole dell'atto di donazione.

La stima fatta dell'immobile sarebbe forse sufficiente all'uopo? e dovrebbero forse credere esser seguita *conditionis causa*?

Sarebbe lecito dubitarne, se nessuno altro elemento d'interpretazione vi si aggiungesse in questo senso (arg. dall'art. 4352—4365).

Ma pel converso l'affermativa tornerebbe, a parer nostro, ineluttabile, se il defunto avesse dichiarato vendere l'immobile al successibile, e dovergli semplicemente il prezzo (Arresto C. cass. 42 ag. 1823, Denantoy, Sirey, 4824, I, 221); ovvero se lo immobile costituito in dote alla moglie dal defunto fosse divenuto, per effetto de' patti del contratto di matrimonio, proprietà del marito (Arresto C. cass. 3 genn. 1831, Dugau, D., 1831, I, 74).

La donazione di un immobile, mascherata sotto forma di vendita, non parrebbe nulladimeno sufficiente, per produrre tale investimento nell'oggetto dell'obbligo della collazione; e converrebbe affermare lo stesso immobile addivenire allora soggetto a collazione in natura (confr. decis. C. di Poitiers 26 marzo 1825, Verdier, D., 4825, II, 474).

Qualora, promessa una somma di danaro a titolo di donazione dal defunto al successibile, il donante avesse dato dappoi in pagamento di tal somma un immobile, potrebbesi pretendere doversi la collazione non già dello immobile, ma della somma (confr. decis. C. di Bordò 24 ventoso anno X, Tardien, Sirey, 1807, II, 918): nulladimeno non vorremmo così statuire per tesi generale; anzi ci parrebbe piuttosto, sotto riserva delle particolari circostanze del fatto, doversi affermare andar dovuta la collazione, in questo caso, dello immobile in natura; dappoi che al postutto fu donato lo immobile (arg. dall'art. 4406).

4230. — Intorno a cotesta parte del nostro subbietto ci rimane ad esporre una ipotesi che il legislatore credette dover trattare, con una speciale disposizione, nell'art. 806—785 nella seguente guisa:

« Quando la donazione di un immobile fatta a persona in istato di succedere con la dispensa dall' collazione ecceda la porzione disponibile, la collazione di ciò che eccede si fa in natura, se la separazione può comodamente eseguirsi.

« Nel caso contrario; se l'eccedenza supera

« la metà del valore dell' immobile, il donatario deve conferirlo per intero salvo ad esso il diritto di precludere dalla massa ereditaria il valore della porzione disponibile: « se questa porzione eccede la metà del valore dell'immobile, il donatario può ritenere solo per intero, imputando il di più nella sua parte ereditaria, e compensando in denaro od altrimenti i suoi coeredi. »

Suppongasì che un immobile, eccedente il valore della quota disponibile, fu donato per anteparte ad uno de' successibili riservatarii.

A cagion di esempio, la quota disponibile è di 30; ed il valore dello immobile è di 40 ovvero 50.

Consequentemente c'vi lungo alla collazione, oppure, secondo i casi, alla riduzione di tale eccedenza di 40 ovvero 20 (art. 844—763; *supra*, n. 922).

In questo caso in qual modo dovrà seguire la collazione?

È questa la questione che l'articolo in disamina ebbe per iscopo di risolvere.

E sin dapprima ferma la seguente distinzione:

A. — O la separazione di tale eccedenza può comodamente eseguirsi:

B. — O per contrario la separazione non potrebbe eseguirsi senza inconveniente.

Cinque de' due commi dell'art. 806 corrispondono a ciascuno de' termini dell'alternativa medesima.

4231. — A. Nel primo caso, val dire se la separazione della eccedenza possa comodamente eseguirsi, come se, a cagion di esempio, lo immobile donato sia un campo o una prateria, la collazione, dichiara l'articolo in esame, *debbe farsi in natura*.

Ma onde allora applicasi la regola generale (*supra*, n. 4214); e tal circostanza il donatario aver diritto di ritenere, a titolo di prelegato, una porzione dello immobile, non lo esoneri dal conferire in natura l'altra porzione, che non ha diritto di ritenere.

Ma forse ciò vuol dinotare la collazione di tale eccedenza dover sempre e necessariamente aver luogo in natura in questo caso?

La formola del primo comma ha qualche cosa d'imperativo, che potrebbe, a primo aspetto, far così divinare; ma ad evidenza non è questo il senso di tale articolo.

Per contrario quel primo comma dell'art. 866 ha unicamente per iscopo, come testè dimostrammo, di statuire nella prima ipotesi da esso contemplata, la collazione dover seguire

in conformità del diritto comune, e di già di fatti con l'art. 844 — 763 erasi statuito, in questa ipotesi, il di più esser soggetto a collazione;

Or, in conformità del diritto comune, la collazione degli immobili debbe aver luogo per imputazione: 1. quando si trovino nella eredità immobili della stessa natura, valore e qualità, onde possonsi formare quote pressappoco eguali per gli altri coeredi; 2. quando lo immobile donato venne alienato prima dell'apertura della successione (art. 859, 860):

Denque cotesto regole sono applicabili al caso contemplato col primo comma dell'art. 846.

È primamente torna manifesto la collazione della eccedenza potersi fare soltanto per imputazione, qualora la eredità comprenda immobili suscettivi di formare le quote degli altri coeredi (art. 859).

Ed è indubitato parimente la collazione dover seguire eziandio per imputazione, qualunque fosse altronde la natura degli altri beni ereditari nel caso in cui il donatario avesse alienato lo immobile prima dell'apertura della successione, qualora di fatti la collazione per imputazione fosse possibile, val dire se la eccedenza sottoposta a separazione non sorpassasse la porzione spettante al donatario per la sua riserva, dappoiché evvi luogo alla collazione di tale eccedenza: or la collazione in questo caso ha luogo per imputazione, e senza poter molestare i terzi compratori.

Obbietterassi trattarsi qui non di collazione, ma di riduzione.

Noi già risponderemo (*supra*, n. 923): ci basti aggiugnere pervenirsi scapre alle stesse soluzioni co' principii della riduzione; o possono rimaner convinto, raffrontando, per la prima soluzione, l'art. 859 con l'art. 924 — 841; e, per la seconda, l'art. 860 con l'art. 930 — 847.

È semplicemente vano, nel caso in cui la collazione per imputazione tornasse impossibile, sorpassando la eccedenza da separare la porzione ereditaria del donatario, il terzo compratore poter rimanere luso, se lo stesso donatario non indennizzasse diversamente la eredità; ma di fatti unicamente in tal caso i principii della collazione cesserebbero di essere applicabili (confr. Duranton, t. VII, n. 402; Demante, t. III, n. 499 bis, I; Ducaurroy, Bonnier e Rousaing, t. II, n. 732).

1232. — Nulladimeno ravvisiamo ancora, tra' principii della collazione ed i principii del-

la riduzione, nella nostra ipotesi, la differenza il disponente non poter esimere il donatario dalla collazione in natura della eccedenza, qualora la separazione potesse comodamente eseguirsi, come il può quando trattisi di beni disponibili (*supra*, n. 4227), astingendolo semplicemente a conferire la stima dello immobile o una determinata somma (confr. decis. C. di Rennes 21 feb. 1834, des Nétumières, Dev., 1835, II, 314; di Rouen 14 giugno 1836, Septoriaux, Dev., 1836, I, 496; Locré, *Legisl. civ.*; t. X, p. 432—433; Chabot, art. 857, n. 4; Zachario, Aubry e Rau, t. V, p. 340; Ducaurroy, Bonnier e Rousaing, t. II, n. 733).

1233. — B. Nel secondo caso contemplato con l'art. 866, val dire se la separazione della eccedenza non possa comodamente eseguirsi, come se, a cagion di esempio, lo immobile donato sia una casa o un officio, il legislatore applica l'assioma: *major pars trahit ad se minorem*.

Questa volta non siamo più nel diritto comune! e questo secondo comma, assai diverso dal primo, vi arreca per contrario una notevole derogazione.

In vero qual sarebbe mai la conseguenza del diritto comune applicato alla ipotesi in esame? sarebbe ad evidenza la licitazione, val dire la necessità di vendere all'asta pubblica lo immobile indiviso fra il donatario e la eredità, essendo riconosciuto non suscettivo di divisione (art. 827, 1686 — 746, 4532).

Or per l'opposto il legislatore, eliminando il metodo della licitazione, statuisce lo intero immobile doversi ritenere dal donatario o conferire da lui nella eredità, secondo che la eccedenza da separare sia maggiore o minore del valore della porzione disponibile, che il donatario ha diritto di ritenere per anteparte.

1234. — Diciamo: della porzione disponibile; o di fatti è questa la espressione adoperata dalla legge.

Non pertanto Duranton scrisse:

« Debbesi unire la porzione ereditaria dell'erede nello immobile, che non possa comodamente dividersi, alla quota o alla porzione di quota disponibile donatagli per anteparte, per ravvisare se debba o pur no venire astretto a far la collazione in natura; se il totale rinnito ascende almeno alla metà del valore dello immobile, non possi pretendere la collazione in natura, salvo all'erede lo indennizzare i coeredi per l'eccedenza di valo-

re. (T. VII, n. 402; ved. eziandio Ducaurroy, Bonnier e Rousstaing, t. II, n. 733).

Cotesta soluzione torna, a parer nostro, inattendibile; e per contrario avvisiamo non il valore cumulato della porzione disponibile e della riserva del donatario, ma unicamente il valore della porzione disponibile è forza paragonarlo al valore della separazione da fare, per conoscere da quel lato si trovi la somma maggiore:

A cagion di esempio lo immobile vale 70 la quota disponibile è di 30, e la riserva di 45.

A credere di Duranton converrebbe dire il donatario, avendo diritto al totale di 45, aver diritto a più della metà del valore dello immobile, e conseguentemente poterlo ritenere.

Mentre, a parer nostro, è forza dire il donatario aver diritto a 30, e quindi esser tenuto a conferire l'immobile in natura.

Questa ultima soluzione ci sembra imposta simultaneamente dal testo della legge e dai principii:

Da un lato l'ipotesi, alla quale mira l'art. 866, è quella in cui la donazione di un immobile fatta al successibile con esenzione dalla collazione ecceda la porzione disponibile.

E d'altro lato i principii richiegono di fatti la porzione dello immobile, soggetta a collazione, conferirsi in natura, se non trovinsi nella eredità immobili della stessa natura, valore e qualità per formare le quote degli altri coeredi (art. 859 — 768). È abbastanza rilevante che, qualora l'art. 866 torni applicabile, giusta gli stessi suoi termini, possa accadere che il donatario, il quale conserva lo intero immobile, consegna quindi la sua riserva in immobile, in tutto o in parte, mentre gli altri eredi conseguiranno forse semplici mobili: almeno è forza, con lo estendere questa eccezionale disposizione, non giugnere a siffatto risultamento straniero a termini della legge (confr Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 584; Demante, t. III, n. 499 bis, V.)

4235 — Nel caso in cui la porzione disponibile ecceda la metà del valore dello immobile, il donatario può dunque ritenere l'immobile totalmente, imputando, soggiugne l'articolo in esame, e compensando in danaro o altrimenti i suoi coeredi.

Siffatta compilazione è stata censurata in diversi sensi:

Da alcuni, i quali pretesero non esservi mai luogo in tal caso ad imputazione, e que-

sto testo del Codice doversi rettificare (confr. Ducaurroy, Bonnier e Rousstaing, tom. II, n. 733);

E dagli altri, i quali sostennero che, se vi fosse luogo ad imputazione, non vi sarebbe luogo a compensamento, e quindi facea mestieri dichiarare o e non già e, come dichiara l'art. 866 (confr. Delvincourt, t. II, p. 41, nota 1).

Ma a noi sembrano mal fondate entrambe tali osservazioni.

Primieramente torna manifesto esservi luogo da parte del donatario ad imputazione, quando conservi la totalità dello immobile: l'immobile vale 40 e la porzione disponibile donata per ante parte ascende a 30: è evidente il donatario, il quale conservi così 40, dovrà conferire 10 per imputazione.

E potrà primamente avvenire benissimo esser tenuto simultaneamente di conferire per imputazione e compensare; come se, per esempio, valendo l'immobile 50, la porzione disponibile fosse di 30 e la riserva soltanto di 45: in questo caso 45 per imputazione; o compenserà i suoi coeredi sino alla concorrenza di 5.

4236. — Che mai converrebbe statuire, se il valore della porzione disponibile non fosse maggiore nè minore del valore della porzione dello immobile da prelevare, e se questi due valori fossero eguali?

Tre opinioni possono venire in campo.

In conformità della prima, competerebbe al magistrato lo statuire in fatto, secondo il *quid utilius*, se il prelevamento debbe aver luogo in natura o per imputazione, secondo che l'interesse del donatario a far la collazione per imputazione fosse maggiore dell'interesse de' suoi coeredi a conseguire la collazione in natura o viceversa (confr. Mourlon, *Ripet. scrit.*, t. II, p. 473).

In conformità della seconda opinione, l'erede in questo caso dovrebbe sempre conservare lo intero immobile; dappoiché è uopo evitare per quanto più è possibile lo spogliare del possesso il donatario, cui tale evizione potrebbe arrecare grave momento (confr. Ducaurroy, Bonnier e Rousstaing, t. II, n. 733).

Finalmente la terza opinione, la quale ci sembra meglio fondata, si è in tal caso doversi ricorrere alla licitazione. In vero la regola si è la cosa indivisa e non soggetta a divisione doversi esporre allo incanto; or l'art. 866 costituisce ad evidenza una eccezione a cotesta regola, eccezione, sotto alcuni rap-

porti, esorbitante, e da circoscrivere entro i suoi termini: or i termini di questa eccezione non si applicano alla ipotesi in disamina: dunque è uopo allora tornare alla regola; e, in ultima analisi, l'applicazione della regola medesima torna perfettamente equa, dappoichè procaccia a ciascuna delle parti una egual posizione, e le permette rendersi aggiudicatario col vincere l'offerta dell'altra (confr. Demante, t. III, n. 499 bis, IV).

1237. — Altronde lo indubitato si è l'art. 866, il quale dispone pel caso in cui la donazione di un immobile si fece ad un successibile con la dispensa della collazione, non essere applicabile al caso in cui la donazione di un immobile, sottoposta a riduzione, si fosse fatta ad un estraneo (art. 924 e seg. — 838).

II.

Della Collazione de' mobili

SOMMARIO

1238. — Esposizione.
 1239. — La collazione de' mobili si fa per imputazione. — In qual modo tal regola debbesi intendere?
 1240. — Motivi della regola medesima.
 1241. — Il donatario acquista, sin dal giorno della donazione, la incommutabile proprietà de' mobili compresi; e debbesi, relativamente all'obbligo della collazione, considerare come donatario non degli stessi mobili, ma del loro valore. — Conseguenze.
 1242. — Il valore de' mobili debbesi comprovare, al tempo della donazione, col uno stato estimativo annesso all'atto, ovvero, la mancanza dello stato medesimo, col una stima ulteriore.
 1243. — Continuazione.
 1244. — *Quid*, se i coeredi del donatario pretendessero la stima fatta de' mobili nel momento della donazione essere minore del suo effettivo valore?
 1245. — Il donatario dovrebbe forse la collazione de' mobili in tempo della donazione, qualora il donante se ne avesse riservato l'usufrutto?
 1246. — *Quid*, se l'usufrutto de' mobili donati appartenesse ad un terzo nel momento della donazione.
 1247. — L'art. 868 si applica a tutti i mobili corporali.
 1248. — E' forse applicabile a' mobili incorporeali?
 1249. — Continuazione. — Degli effetti aventi corso pubblico e commerciale.
 1250. — Delle rendite se lo Stato o se privati.
 1251. — De' crediti onerosi.
 1252. — Degli uffizi e cariche pubbliche.
 1253. — La regola, la conformità della quale la collazione de' mobili incorporeali, come de' mobili corporali, debbesi far per imputazione, poggia su la presente volontà del disponente, il quale potrebbe conseguentemente man-

ifestare una opposita volontà, sia espressamente, sia tacitamente.

1254. — Continuazione.

1255. — L'art. 869 determina il modo della collazione del danaro contante. — D'onde muove questa speciale disposizione?

1256. — *Quid*, se fossero sopraggiunte variazioni, nel valore delle monete, nello intervallo dalla donazione all'apertura della successione?

1257. — In qual modo debbe farsi la collazione del danaro dovuto?

1258. — Continuazione.

1259. — L'art. 869 è forse applicabile nel solo caso in cui il donatario abbia ricevuto contante del defunto? o per contrario è uopo applicarlo a tutti i casi in cui il donatario sia debitore, verso la eredità, di una somma di danaro, sia che abbia ricevuto mobili, sia che, avendo ricevuto un immobile l'abbia alienato o fatto perire per colpa sua?

1238. — Il nostro Codice racchiude intorno alla collazione de' mobili due disposizioni.

Una nell'art. 868 — 787, il quale tratta della collazione de' mobili in generale;

L'altra nell'art. 869 — 788, il quale parla specialmente della collazione del danaro contante.

1239. — L'art. 868 dichiara:

« La collazione degli effetti mobili non si fa che per imputazione. Si fa sul ragguaglio del prezzo che i medesimi valevano al tempo della donazione giusta la stima annessa all'atto della donazione stessa, ed in mancanza di tale stima, a norma di quella che verrà fatta da parti a giusto prezzo, e senza dar luogo ad aumento ».

È questa una regola precisa ed assoluta.

La collazione de' mobili ha luogo per imputazione.

Val dire da un lato l'erede donatario non potere offrire la collazione in natura;

E d'altro lato i suoi coeredi neppur potere richiederla da lui.

Dunque la regola è parimente applicabile, sia a pro del donatario, sia contro di esso.

1240. — L'equità così imponeva; e tale era altronde la logica conseguenza degli stessi motivi su cui poggia la regola medesima.

Questi motivi sono di varie specie; e noi già ne additammo alcuni per giustificare precisamente la regola affatto opposta, a norma di cui la collazione degl' immobili dee farsi in natura (*supra*, n. 1244).

Tal modo di collazione, applicato a' mobili, avrebbe di fatti presentato innumeri inconvenienti.

Senza parlare de' mobili di cui non puossi far uso senza consumarli (art. 587 — 512), e riguardo a' quali però la collazione in natura turnava impossibile, gli altri mobili che non si consumano immediatamente si deteriorano almeno pressapoco con l'uso (art. 589 — 514): essi van soggetti eziandio a deprezzamento e variazioni di prezzo considerevoli, pel solo effetto del tempo, de' capricci della moda o del mutamento delle abitudini; e spesso è atto di buona amministrazione ed eziandio di necessità il venderli per surrogarli: altronde questa surrogazione è in generale, salvo alcuni casi di eccezione, cotanto agevole da essersi potuto attere di fatti, nei mobili, al loro venale valore.

Questa ultima osservazione si applica altresì a' mobili incorporali i quali, non essendo suscettivi di prezzo di affezione, vanno a consistere in una somma di danaro; i quali son pure, più o meno, secondo la lor varia natura, esposti a variazioni o sinistri; ed i quali importa conseguentemente che il donatario abbia il diritto di amministrare, val dire cedere, trasferire o annientare con tutta la indipendenza, che sola può conferire una incommutabile proprietà (infra, n. 4217).

Tali motivi ci sembrano dimostrare la collazione per imputazione essere unisona all'interesse di tutte le parti, ed essere l'unica eziandio che possa meglio far raggiungere quella eguaglianza, la quale costituisce lo scopo della legge.

1241. — Dunque il donatario acquista di fatti, sin dal giorno della donazione, la proprietà incommutabile de' mobili compresi; talchè debbessi considerare, relativamente all'obbligo della collazione, come donatario non degli stessi mobili, ma dello importare della stima fattane.

Dalle quali cose conseguita che i mobili trovansi, sin da questo momento, a suo rischio; che per lui aumentano di valore, come per lui ne diminuiscono; e che conseguentemente eziandio la perdita stessa di tali mobili per caso fortuito debbe ricadere su di lui: ecco ciò che già supponeva l'art. 853 — 774, dichiarando « l'immobile perito per caso fortuito non essere soggetto a collazione ».

Ben si comprende poco importare che il donatario abbia conservato i mobili o gli abbia venduti, qualunque sia altronde il prezzo modico o considerevole da lui ritirato dalla vendita:

La buona sceltanza il donatario di mobili,

dec, sin dal momento della donazione, la collazione di una somma, di una quantità: or un debito simigliante è irvariabile.

Dunque egli dovrà sempre tal somma nè più nè meno (confr. Pothier, *Delle success.* cap. IV, art. II, § 7; ed Introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 90; Chabot, art. 868, n. 42; Toullier, t. II, n. 490.).

1242. — È conseguenza affatto naturale del principio da noi fermato dovere il donatario la collazione del valore de' mobili, eziandio al tempo della donazione; dappoichè a comunicare da tale epoca nè è divenuto incommutabile proprietario.

Regolarmente cotesto valore debbe trovarsi comprovato con uno stato estimativo annesso all'originale della donazione, in conformità dell'art. 948 — 872.

Ma l'art. 868 — 787, contemplando il caso in cui lo stato medesimo non esistesse, stabilisce la stima doversi fare allora per mezzo di periti, a giusto prezzo e senza dar luogo ad aumento (ved. all'uso il tomo III, n. 646). Tale stima, destinata a surrogare lo stato estimativo che avrebbesi dovuto distendere ne' tempo della donazione, dovrà pure conseguentemente farsi secondo il valore che i mobili donati potessero avere in quel tempo: sieno qualunque le difficoltà e le incertezze di cotesta retrospettiva valutazione, è dessa nondimeno l'unico mezzo di supplire allo stato estimativo (confr. Ducaurroy, Bonnier e Rostaing, t. II, n. 735; Zachariæ, Aubry e Rau, t. V, p. 334).

1243. — Si è rimasto sorpreso dello avere l'art. 868 imposto di ricorrere a siffatta valutazione pel caso in cui non si fosse annesso all'atto di donazione uno stato estimativo dei mobili.

Forse in tal caso, si è detto, la donazione non sarebbe nulla in conformità dell'art. 948 ? — 872 (Chabot, art. 868, n. 5).

Agevole è la risposta; anzi non è neppur necessario supporre, per giustificare pienamente l'art. 868, lo stato estimativo formato essersi potuto smarrire o distruggere (confr. Mourlon, *Ripet. scrit.*, t. II, p. 174; Mazrat, nota sopra Chabot, *hoc loc.*).

In vero da un lato la donazione di oggetti mobili potrebbe esser valida, anche quando non si fosse disteso uno stato estimativo; avvegnachè è manifesto lo stato medesimo non richiedersi per le donazioni scambievoli nè per le donazioni indirette;

E d'altro lato, anche quando si avesse do-

volo distendere uno stato estimativo, e, in mancanza di tale stato, la donazione fosse nulla, forse il successibile, il quale di fatto avesse ricevuto i mobili donati, non dovrebbe sempre alla eredità la collazione del valore che avevano quando li ricevette? si certamente; anzi la dovrebbe ancora con maggior rigore, dappoichè, essendo nulla la donazione, ne sarebbe tenuto non come donante, ma come debitore! (confr. Zachariæ, Aubry e Rau, t. V, p. 334; Demante, t. III, n. 204 bis, II.).

1244. — Èopo aggiugnere che, se i coeredi del donatario pretendessero lastima fatta de'mobili, nel momento della donazione, essere ad evidenza minore del lor valore effettivo, potrebbero dimandare una novella stima del valore che aver potevano in quel tempo; avvegnachè, in conformità de' principii già noti, rinvenir non potrebbero in questa circostanza la espressa dispensa richiesta dalla legge per non potersi pretendere la collazione (supra, n. 926; confr. Pothier, *Delle success.*, cap. IV, art. 2, § 7).

1245. — Il donatario dovrebbe forse il valore de'mobili in tempo della donazione, nel caso in cui il donante se ne avesse riservato l'usufrutto?

Tal questione può sembrare di malagevole scioglimento, atteso la generalità de' termini dell'art. 868.

In vero parrebbe primamente difficile il pretendere la collazione in questo caso doversi fare in natura; dappoichè il donatario è sempre divenuto, sin dal giorno della donazione, incommutabile proprietario de' mobili donati: or, se ne divenne proprietario sin dal giorno della donazione, forse la collazione del lor valore non va da lui dovuta parimente da quel giorno?

Ma nulladimeno il successibile dee conferire unicamente il vantaggio da esso ricevuto (art. 843 — 762).

Or è manifesto il godimento che il donante si riservò de' mobili donati diminuire altrettanto il vantaggio emergente dalla donazione, e ridurlo finalmente al valore che gli oggetti medesimi avessero al termine di soffatto godimento;

Dunque torna affatto unisono alla equità ed alla verosimile intenzione del donante andare il donatario sottoposto alla sola collazione di questo valore.

Se di fatti la collazione de' mobili debbe in generale consistere nel loro valore al tempo

della donazione, la ragione si è, come affermò Tronchet, averne l'uso il donatario, e l'uso medesimo deteriorarli per suo vantaggio (Locré, *Legisl. civ.*, t. X, p. 437): or tal motivo manca qui compiutamente (confr. decis. C. di Riom 23 genn. 1830, Serre, D., 1833, 2, 408; Grenier, *Delle donaz. e de' test.*, t. II, n. 637, Duranton, t. VII, n. 406 Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 490, nota s; Zachariæ, Aubry e Rau, t. V, p. 334).

1246. — La stessa soluzione sarebbe applicabile nel caso in cui l'usufrutto de' mobili donati dal defunto al suo successibile fosse appartenuto ad un terzo nel momento della donazione.

Non pertanto sembra in questo caso che se l'usufrutto si fosse estinto prima dell'apertura della successione del donante, dovrebbero dal donatario la collazione del valore de' mobili al tempo della cessazione dell'usufrutto (ved. nondimeno Duranton loc. supra cit.).

Finalmente coteste due ipotesi (n. 1244 e 1245) sono straniere a' termini del testo in esame; ed il miglior partito sarebbe lo inculcare alle parti di antivenire le difficoltà cui possono dar luogo, chiaramente spiegando di qual valore la collazione dovrà, in questi due casi, farsi dal donatario (infra, n. 4253).

1247. — Torna incontrastabile l'art. 868 applicarsi a tutti i mobili corporali.

È ben vero Lebrun, nel nostro antico diritto, avere insegnato i mobili, i quali non diminuiscono con l'uso, come le perle ed i diamanti, doversi conferire in natura (lib. III, cap. VI, sez. III, n. 31).

Ma Bourjon attesta cotesto sentimento non venir seguito (Diritto comune della Francia, tit. XVII, 4 parte, cap. VI, sez. V; V. ezian dio Bannelier e Devot, t. III, p. 422).

E di fatti Pothier non faceva alcuna distinzione (*Delle success.*, cap. IV, art. 2, § 7).

Dunque oggi non evvi luogo a farne, atteso a' termini assoluti dell'art. 868: tanto più che venne adottato, non ostante l'osservazione di Regnaud de Saint-Jean d'Angely, il quale propose ezian dio di eccettuare dalla regola sancita con quelli articoli i mobili non soggetti ad alterazione, come l'argenteria, i diamanti, (cfr. Locré *Legisl. civ.* t. X, p. 437).

1248. — Ma è controversa quistione se l'art. 868 sia applicabile a' mobili incorporali, per esempio a' crediti o alle rendite, sia in lo stato, sia su' privati.

Si è insegnata la negativa; e le ragioni addotte sono le seguenti:

1. A cagion della deteriorazione e del deprezzamento cotanto celeri, cui i mobili van soggetti, il Codice elinqua qui nell'art. 868, la regola della collazione in natura;

Or i soli mobili corporali soggiacciono a tale deteriorazione o deprezzamento;

Dunque cotesto articolo, interpetrato pe' suoi motivi e per le preparatorie discussioni, in cui di fatti trattasi sempre di mobili corporali, debbesi circoscrivere a tale specie di mobili.

2. Tanto suppone altresì il medesimo testo, il quale richiede uno stato estimativo de' mobili donati; avvegnachè precisamente quello stato estimativo si richiede, con l'art. 948 — 872, per la donazione di *effetti mobili* corporali; ed in vero torna manifesto questi soli effetti essere suscettivi di tal valutazione per mezzo di periti e senza dar luogo ad aumento.

Ciò che vie maggiormente dimostra l'art. 868 non comprendere tutto ciò che sia mobile si è oppure applicarsi al danaro contante; dappoichè l'art. 869 — 788 ne tratta specialmente.

3. Dunque affermarsi doversi riconoscere che il Codice non parlò in alcun luogo della collazione de' mobili immateriali, de' diritti mobiliari; e che per essi debbesi seguire il principio affatto naturale doversi conferire lo stesso oggetto ricevuto (Marcadé, art. 868 n. 14); e conseguentemente, per esempio, nel caso in cui furono donate rendite dal defunto al succedibile, debbesi applicare l'art. 456 — 4380, o statuire che, se le rendite non vennero rimborsate, il donatario è semplicemente tenuto di conferire i contratti; e che, se furono rimborsate, è soltanto in obbligo di restituire il capitale da lui ricevuto (cofr. Delvincourt, t. II, p. 42, nota 7; Malpel, 287; Taulier, t. III, p. 371).

Siffatta dottrina ci sembra mal fondata, e per contrario avvisiamo doversi fermare per regola generale l'art. 868 applicarsi indistintamente ad ogni specie di mobili, corporali o incorporali.

4. Di fatti, a norma dell'art. 868, la collazione degli *effetti mobili* si fa per imputazione: or, in conformità dell'art. 535 — 460, la espressione *effetti mobili* comprende generalmente tutto ciò che si reputa mobile.

Obbiettasi il medesimo art. 535 nulla rachiudere d'imperativo.

Ciò è ben vero; o noi stessi facemmo osservare altrove poter avvenire, in alcune ipo-

tesi; la espressione *effetti mobili*, nelle disposizioni dell'uomo ed eziandio nelle disposizioni della legge, non esser sempre suscettiva di questa ampia significazione (ved. il nostro *Trattato della distinzione de' beni*, ec., t. I, n. 442, 443 o 449).

Ma non è questa la ipotesi in esame: di fatti è mestieri osservare la espressione *effetti mobili*, nell'art. 868, trovarsi adoperata in controposto del vocabolo *immobili* adoperata ne' precedenti articoli, e di necessità assumere, anche per talo contrapposto ed antitesi, la più assoluta generalità; dappoichè è manifesto il legislatore riferirsi alla generale divisione de' beni, in conformità dell'art. 516 — 439, ed essersi voluto occupare, separatamente e compiutamente, delle due classi di beni, cioè di tutti gl' immobili dapprima e di tutti i mobili di poi: or, se si ammettesse la dottrina da noi oppugnata, ne discenderebbe una conseguenza davvero inattendibile, che gli stessi propugnatori di cotesta dottrina debbono riconoscere, cioè il Codice non contenere alcuna regola intorno al modo di collazione de' mobili incorporali, val dire di una specie di beni per lo più di gravissima importanza!

Lo stesso art. 869, invocatosi in opposto senso, dimostra la regola generale stabilita con l'art. 868 applicarsi a tutti i mobili qualsivogliano; dappoichè il legislatore ha fermato una special disposizione pel solo danaro contante.

2. Ma si sostiene il motivo su cui poggia l'art. 868, cioè il celare deprezzamento dei mobili corporali; essere inapplicabile a mobili incorporali.

Noi già rispondemmo cotosto motivo non essere l'unico mercè di cui l'art. 868 debbasi spiegare (supra, n. 4240): di fatti l'articolo medesimo poggia pure sopra altri motivi, sul potere i mobili venire in generale surrogati dal contante; su l'essere quasi sempre necessario averne il donatario la proprietà sfatto indipendente, e conseguentemente incommutabile, per alienarli, se vi sia luogo, secondo che richieggano le circostanze, ec.: or tali motivi applicansi a' mobili corporali egualmente, ed eziandio in alcuni casi molto più che a' mobili incorporali (Ved. il t. III, n. 260 e seg.; ed il nostro *Trattato della minore età, della tutela*, ec., t. I, n. 586 e seg.)

Questi argomenti rispondono nel tempo stesso ad un'altra obbiezione, consistente nello affermare il principio di eguaglianza, il

quale costituisce la base della legge su le collazioni, non ammettere l'erede donatario dover conferire più di quanto ricevette (Duranton, t. VII, n. 413.)

Di fatti ciò che l'erede donatario ricevette si è il valore de' mobili incorporali in tempo della donazione: questo valore appunto egli definitivamente appropriarsi; e conseguentemente è giustissimo i deprezzamenti e le perdite andare a suo carico per la stessa ragione gl'incrementi di valore cedere a suo vantaggio, e precisamente cioè elimina dalla nostra ipotesi l'applicazione che si è voluto farvi dall'art. 1567—1380; dispoiché nel caso contemplato con questo articolo il marito ha l'usufrutto delle obbligazioni o delle rendite dotali; mentre, in conformità dell'art. 868, l'erede donatario ha acquistato per contrario, sin dal giorno della donazione, l'incommutabile proprietà de' crediti e delle rendite, che ne costituiscono l'oggetto.

3. Da ultimo rimane l'argomento desunto dalla circostanza che, richiedendo l'articolo 868 uno stato estimativo a giusto prezzo e senza aumento, sembra riferirsi unicamente a' mobili corporali, i quali soltanto, dicesi, sono suscettivi di questa specie di stima.

Ma ci pare inadatto al punto io cui siamo e dietro le antecedenti spiegazioni, siffatto argomento non poter riuscire decisivo. Anche quando si ammettesse la condizione dello stato estimativo potersi adempiere unicamente pe' mobili corporali, tutto ciò che ne emergerebbe si è il legislatore, rispetto a tal particolare condizione, avere statuito intorno a cotesta specie di mobili; e la principal disposizione dell'articolo conserverebbe parimente altronde, per tutti i mobili, l'assoluta generalità dei suoi termini. Ma inoltre è manifesto gli stessi mobili incorporali essere suscettivi di stima; e conseguentemente ovvi luogo del pari ed adempiere siffatta condizione, per determinare il quantum del valore da conferirsi dal donatario.

Concludiamo la regola fermata coo l'art. 868 essere applicabile per massima a' mobili incorporali del pari che a mobili corporali (confr. decis. C. di Nîmes 24 genn. 1828, Cabrier; Sirey, 4830, II, 144; arresto C. cass. 14-dio. 1830, Vayson, Dev., 1831, I, 107; decis. C. di Aix 30 apr. 1833, Vayson, Dev., 1833, II, 542; arresto C. cass. 23 giugno 1831, Lerat, Dev., 1831, I, 574; Chabot, art. 868, n. 6; Toullier e Duvergier, t. II, n.

491; Demante, t. III, n. 201 bis, IV; Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, n. 736).

1249. — È primamente è cosa semplicissima e, sotto tutti i rapporti, convenientissima lo applicare cotesta dottrina a tutti gli effetti aventi corso pubblico e commerciale, come le azioni della Banca, le azioni delle ferrovie, o altre azioni o obbligazioni nelle compagnie finanziarie o industriali.

In mancanza di stima speciale, queste specie di effetti si dovrebbero conferire in ragione del loro corso nel momento della donazione.

1250. — Avverrebbe lo stesso delle rendite.

È ben vero, nel nostro antico diritto, la collazione delle rendite, e segnatamente delle rendite prediali, aver luogo come quella degli immobili in natura (confr. Pothier *De la success.*, cap. IV, art. II, § 17).

Ma la ragione si è in qual tempo le rendite reputarsi di fatti immobili (ved. il nostro *Trattato della distinzione de' beni*, t. I, n. 422 e seg.).

Oggidì, essendo mobili tutte le rendite indistintamente (art. 529 — 432), vanno per la stessa ragione sottoposte alle regole della collazione, riguardanti in generale i mobili.

Se dunque trattisi di rendita su lo Stato, la collazione dovrà farsi secondo il loro corso nel momento della donazione.

Ed ove trattisi di rendita sopra privati, dovrà farsi la collazione sia della stima fattane con l'atto di donazione o nello stato annesso, vi, sia del suo valor nominale, se non vi fu stima dello effettivo valore, salvo il diritto pel donatario, se pretenda che il suo effettivo valore fosse minore del valor nominale, di dimandare farsi per mezzo di periti una stima dello effettivo valore, che aver poteva la rendita in tempo della donazione (ved. nondimeno *infr.* n. 1253).

1254. — La stessa regola è applicabile ai crediti ordinarii.

Il credito venne forse stimato secondo il suo effettivo ed attuale valore nel momento della donazione? è dovuta la collazione dello importare di tale stima; e vi si dovrà in generale ravvisare il carattere alentorio.

Per l'opposto fu forse il credito donato dietro semplicemente indicazione del suo titolo, con o senza esprimere il suo nominale valore, ma senza stima del suo valore effettivo ed attuale? Per regola si dovrà, come per le rendite sopra privati (*supra*, n. 1250), la collazione dello importare del valor nominale, sal-

vo al donatario il dimandare una stima per mezzo di periti dello effettivo valore del credito nel momento della donazione.

Non pertanto parrebbe giusto eccettuare il caso in cui il credito donato non fosse esigibile nel momento della donazione, e statuire allora doversi far la stima del valore effettivo che aveva nel tempo in cui divenne esigibile, ed in cui il donatario fu costituito in mora a riscuoterlo (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 335).

1252. — Finalmente, se vi sia una specie di mobili incorporati, riguardo a cui torni indubitata l'applicazione del principio da noi seguita, e possiamo aggiungere, sotto ogni rapporto, soddisfacente, non ostante l'opposto sentimento di Marcadé (art. 868, n. 2), sono soprattutto gli uffizii, val dire le cariche di notaio, patrocinatore, agente di cambio, ec., per cui il titolare ha il diritto di presentazione (supra, n. 4035).

Ciò è tanto vero che, nella nostra antica giurisprudenza, in cui nulladimeno quegli uffizii andavano riguardati come immobili, era massima doversi la collazione per imputazione e secondo il valore dell'uffizio nel momento della donazione (confr. Pothier, *Della success.*, cap. IV, art. 2, § 7, ed Introd. al tit. XVII della Cons. di Orleans, n. 90; Lebrun, lib. III, cap. VI, sez. III, n. 42 e seg.).

Con maggior ragione dobbiamo così statuire oggidì, reputandosi mobili gli uffizii (ved. il nostro *Trattato della distinzione de' beni*, ec., t. I, n. 438 e seg.).

Laonde cotesta soluzione debbe essere assoluta; e converrebbe applicarla in tutti i casi:

Sia che il defunto avesse semplicemente pagato il prezzo dell'uffizio, che lo stesso successibile cambiò in nome suo;

Sia che il defunto avesse comprato l'uffizio in nome e per conto del suo successibile;

Sia che il defunto, esso medesimo titolare dell'uffizio, l'avesse ceduto al successibile, mediante determinato prezzo;

Sia finalmente che gli lo avesse trasmesso per semplice dimissione senza determinazione di prezzo.

Di fatti Lebrun non titubava a così generalizzare la sua dottrina (loc. supra cit.).

L'unica differenza che vi sarebbe tra le su esposte ipotesi, consisterebbe, qualora si fosse determinato prezzo, nel doversi la collazione precisamente del prezzo medesimo; mentre, qualora non si fosse determinato prezzo, vi sarebbe luogo a stimare l'effettivo

valore, che poteva avere l'uffizio nel momento della donazione (confr. decisi. C. di Grenoble 4 feb. 1837, Servant, Dev. 1838 2, 45).

Ma in tutte queste ipotesi indistintamente l'uffizio sarebbe divenuto, sin dal giorno della donazione, incommutabile proprietà del successibile donatario: dalle quali cose discendono due correlative conseguenze, l'una a suo pro, l'altra contro di lui, cioè:

Da un lato avere il diritto di conservare il suo uffizio, val dire il suo stato, la sua professione, e conservarlo conferendo il valor suo nel giorno della donazione, anche quando fosse, nel giorno dell'apertura della successione, di valor molto maggiore;

D'altro lato dover sempre la collazione del valore dell'uffizio, nel giorno della donazione, anche quando l'uffizio medesimo, nel giorno dell'apertura della successione, fosse di valor molto minore, o fosse stato affatto abolito, con o senza indennizzamento (confr. arresto C. cass. 5 lug. 1814; Froidot, Sirey, 1815, t. 42; decisi. C. di Bordò 6 genn. 1834 II, 446; arresto C. cass. 25 giugno 1851, Lerat, Dev., 1854, I, 574; Duranton, t. VII, n. 417; Zachariae, Massé e Vergé, t. II, p. 414; Dard, *Degli uffizii*, p. 414 e seg.; Demante t. III, n. 204 bis, V).

1253. — Abbiamo già dimostrato la regola fermata con l'art. 868, a norma di cui la collazione de' mobili debbe farsi per imputazione, secondo il lor valore in tempo della donazione, essere applicabile ad ogni specie di mobili, sia corporali, sia incorporali.

Ma è uopo aggiugnersi da noi a cotesta dimostrazione una importante osservazione:

Val dire la regola stabilita con l'art. 868 desumersi, in ultima analisi, come la maggior parte delle altre regole costituenti tutto questo subbietto, unicamente dalla verosimile e presunta intenzione delle parti, e precipuamente del disponente.

Dalle quali cose discende la conseguenza il disponente potersi derogare, manifestando una diversa intenzione; e, siccome la intenzione medesima nulla offrirebbe di contrario all'ordine pubblico nè ad alcuno essenziale principio della subbietta materia, così al certo venire dovrebbe eseguita.

Se dunque il defunto avesse appalesato la volontà la collazione de' mobili, sia corporali, sia incorporali, da lui donati al successibile, dover seguire in natura, sarebbe uopo allora applicare le regole stabilite con gli art. 855,

859 ed 860 relativamente alla collazione in natura degl'immobili.

Non andrebbe però incontro a veruna difficoltà, se la volontà stessa fosse espressa.

Ma potrebbe altresì esser tacita e sufficientemente emergere, eziandio senza speciale dichiarazione, dalle clausole dell'atto e dalle circostanze del fatto. In simil caso dovrebbero soprattutto aver massimo riguardo alla natura dell'oggetto donato per interpretare la volontà del defunto.

Laonde in generale sommamente inclinerebbero a credere il donante, il quale costituisca una rendita, una pensione, un credito o altro diritto sopra sé stesso o su' beni che gli appartengono, non intendere che il donatario possa alienare la rendita o il credito medesimo, né soprattutto formarne oggetto di speculazione, e per l'opposto essere virtualmente sua volontà doverla conservare per conferirle in natura nella eredità, in cui andrà ad estinguersi (confr. attesto C. cass. 19 giugno 1849, Marescot, Dev., 1849, I, 399; ved. nondimeno arresto C. cass. 17 dic. 1856, Morin — Dumanoir, Dev., 1859, I, 121).

1254. — Non converrebbe forse, più generalmente, applicare cotesta ultima dottrina alle rendite ed eziandio a semplici crediti sopra privati?

È questo il sentimento professato da Dumoulin, il quale insegna, per tesi generale, l'art. 868 non applicarsi a tale specie di mobili incorporali, per la ragione quello articolo supporre i mobili donati andar soggetti a stima; e, se i suoi termini applicansi agli effetti o a valori il cui prezzo è variabile, ed i quali hanno corso pubblico e commerciale, non potere riferirsi alle semplici rendite o crediti sopra privati (t. VII, n. 443).

Siffatta osservazione non va sformata di buon fondamento di verità; ma nulladimeno ci pare il nostro dotto collega averla presentata in troppo assoluto modo. Dunque non intendiamo affermare l'art. 868, per massima, non applicarsi a cotesta specie di mobili incorporali (supra, n. 1250, 1251), ma opiniamo che, quando sorgerà quistione in fatto se il defunto intese la collazione di una rendita o di un credito sopra privati dover seguire in natura, dovressi aver sommo riguardo alla natura di questa specie di mobili, i quali in vero non sono in generale destinati ad alienarsi: e quindi, laddove le circostanze sieno concomitanti, tornerà naturale il credere

avere il defunto inteso doversi conservare dal donatario per conferirsi da lui in natura.

Del rimanente, come ben si comprende il miglior partito si è spiegarsi dal donante chiaramente la volontà sua, ad obbietto di antivenire quelle incertezze e discrepanze (confr. Demante, t. III, n. 201 bis, VII).

1255. — Da ultimo l'art. 869 — 788 dispone:

« La collazione del danaro donato si fa col prendere una minor quantità del danaro che si trovi in effettivo nell'eredità.

« In caso che il danaro non basti, il donatario può esimersi dal conferire altro danaro, cedendo sino alla concorrente quantità, e l'equivalente in mobili, od in mancanza di questi, in immobili ereditarij ».

Per qual ragione siffatta disposizione dopo quella dell'art. 868? o quale ne è lo scopo?

Il danaro non è un mobile come ogni altro, è un valore rappresentativo di tutti gli altri valori; e però potrebbe sembrare utile determinarsi dal legislatore, con una speciale disposizione, in qual modo dovesse seguire la collazione.

Altronde questa disposizione non deroga al principio fermato con l'art. 868, nel senso la collazione del danaro contante doversi fare per imputazione al pari della collazione de' mobili in generale.

Anzi puossi riflettere il danaro non essere effettivamente suscettivo di collazione in natura propriamente detto; avvegnachè, non potendo farsene uso senza consumarlo (art. 587 — 512), torna evidente le monete donate non potersi conferire nella loro identica individualità; talchè quando, in mancanza di contante, il donatario preferisce versare nella eredità una somma eguale a quella ricevuta da lui, questo medesimo versamento non costituisce una collazione in natura nel senso tecnico di tale espressione (confr. Zachariae Aubry e Rau, t. V. p. 335).

1256. — Di fatti ciò che dee il succedibile donatario di una somma di danaro si è la collazione non delle stesse monete da lui ricevute, ma semplicemente del loro numerico valore nel giorno della donazione.

Consequentemente la collazione che debbe fare ha per obbietto, nè più nè meno, cotesto valore, che può versare rimborsando alla eredità un valor numerico eguale in moneta corrente nel momento del versamento stesso.

Non pertanto si è insegnato:

« Se sopraggiungesse variazione o nello

« monete o del valore del contante, la collazione dovrebbe farsi secondo il valore del contante in tempo della donazione. » (Toullier, t. II, n. 492; Chabot, art. 869, n. 4.)

Ma è questa, a parer nostro, un'applicazione totalmente inesatta dell'art. 868, a norma di cui i mobili debbono coeserirsi secondo il lor valore in tempo della donazione.

Di fatti qual era mai io tempo della donazione il valore del contante donato al successibile?

Era il valor numerico, il solo cui debbasi aver riguardo, per massima, nella moneta: in pecunia non corpora quis cogitat, sed quantitatem (l. 94, § 1, ff. De solut., art. 1895 — 1767.)

Dunque unicamente di questo numerico valore va dovuta la collazione, nè più nè meno, senza riguardo all' aumento o alla diminuzione di valore, che il contante potette ricevere nello intervallo, dal di della donazione a quello dell' apertura della successione (confr. Duranton, t. VII, n. 408; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 335; Massé e Vergé, t. II, p. 411.)

1257. — L'art. 869 indica in qual modo dovrà farsi la collazione del danaro contante; e su tal punto la sua disposizione può considerarsi speciale.

Di fatti l'erede, il quale debba la collazione di una somma di danaro, non è tenuto di conferire questo, val dire pagare precisamente lo stesso oggetto che dee, mentre tal è nulladimeno la regola generale (art. 1243 — 1196.)

A dir vero è questa per lui una facoltà; e può sempre pagare io contante prendendo di meno nel danaro ereditario, se ve ne sia, o esso medesimo conferire contante, se non se ne rinvenga nella eredità; e, sotto tal punto di vista, il vero sì è l'art. 869 differire dall'art. 868, in conformità di cui il donatario non potrebbe offrire di conferire in natura gli stessi mobili da lui ricevuti.

Ma è questa per lui una mera facoltà: egli può, dioliara l'art. 869, esimersi dal conferire danaro, cedendo, sino alla concorrente quantità, l'equivalente in mobili, od in mancanza di questo, in immobili ereditarii.

Val dire che la legge, mentre gli permette di liberarsi pagando cosa diversa da quella che dee, gli agevola i mezzi di liberazione nel modo più vantaggioso per lui.

1258. — Di fatti la graduazione stabilita con l'art. 869, prima del danaro, poscia de

mobili, e, solo in mancanza di questi, degli immobili, sembra esserlo nello interesse del donatario, ed affinché potesse, per quanto gli elementi della eredità il permettersero, liberarsi col cedere valori in generale riguardanti meno pregevoli.

Ma ciò nulladimeno non vuol dinotare esergli lecito sovvertire tale ordine, e dimandare, a cagion di esempio, la sua quota ne' mobili offrendo di cedere la sola sua quota ne'g' immobili: finalmente l'articolo stabilisce in termini generali il modo di farsi la collazione in simil caso; e ferma supremamente le due guise onde possa seguir la collazione stessa.

O il donatario preferisce conferire danaro e la cosa è semplicissima;

O preferisce non conferire danaro e cedere taluni beni; ed allora i beni cui la cessante medesima debbesi successivamente applicare vengono dalla stessa legge determinati: la scelta, che l'art. 869 attribuisce al donatario cade su due modi diversi onde la collazione può aver luogo; ma, seguita una volta la sua scelta, non può più scegliere fra' beni da cederli da lui in preferenza (confr. Delvincourt, t. II, p. 43; Demante, t. III, n. 203 bis, II).

1259. — L'art. 869 è forse applicabile nel solo caso in cui il donatario ricevette danaro dal defunto?

O per l'opposto è mestieri applicarlo a tutti i casi in cui il donatario sia debitore, verso la eredità, di una somma di danaro, sia che abbia ricevuto mobili, sia che, avendo ricevuto un immobile, l'abbia alienato o fatto perire per colpa sua?

Lo scioglimento di tal questione non va immune da difficoltà.

Laonde tre diverse opinioni son venute in campo.

1. A norma della prima opinione, l'art. 869 è applicabile in tutti i casi in cui l'erede debba la collazione di un valore pecuniario, sia che abbia ricevuto un immobile; di fatti in tutti i casi, dicessi, trovassi, riguardo a' suoi coeredi, nella stessa posizione dell'erede che ricevette danaro; dappoichè debbe loro in ultima analisi eziandio un valore pecuniario (confr. Marcadé, art. 869, n. 1; Ducaurroy, Bonnier, e Roustaing, t. II, n. 737).

II. I propugnatori della seconda opinione propongono una distinzione fra il caso in cui l'erede ricevette mobili e quello in cui ricevette un immobile:

L'erede ha forse ricevuto mobili ?

L'art. 869 sarà applicabile: ed è questa anzi, dicesi, una diretta applicazione; avvegna- ché il solo valore estimativo de' mobili, val di- re il danaro contante, reputasi essersi rice- vuto dal donatario de' mobili.

Per contrariu l'erede ha forse ricevuto un immobile ?

L'art. 869 non sarà applicabile; e, se tro- vinsi nella eredità altri immobili, i suoi coe- redi potranno prelevarli in preferenza del contante o de' mobili, non ostante l'offerta del donatario di conferire in danaro il valore es- timativo dello immobile (confr. Demante, t. III, n. 203 bis, III e IV; Taulier, t. III, p. 372).

III. Se ci facesse mestieri prescegliere tra le due opinioni, testè esposte, non esiterem- mo a seguire la seconda; ma ci par dubbio che essa medesima peronga abbastanza al segno; ed è questo il motivo per cui inclino- remmo a suggerire la terza opinione, in con- formità della quale l'art. 869 non dovrebbe- si applicare al donatario de' mobili, nè al dona- tario di un immobile, ma semplicemente al donatario di una somma di danaro:

Lo stesso testo dell'art. 869 sembra prima- mente esplicito in questo senso: esso dichia- ra la collazione *del danaro donato*: or tale articolo è, sotto alcuni rapporti, eccezionale; e puossi affermare dipartirsi da quella regola di eguaglianza, la quale debbe sempre essere per quanto più sia possibile, serbata fra' coe- redi: dunque conviene circoscriverne l'appli- cazione all'unica ipotesi da esso determinata- mente contemplata.

Pretendesi che « quante volte la collazione « abbia luogo col prendersi tanto di meno, va « dovuto dall'erede un valore pecuniario; e « che quindi ciò che dichiarasi con l'art. 869 « circa il *danaro donato* necessariamente si « applica a tutti gli altri casi di collazione per « imputazione. » (Ducaurroy, Bonnier e Roustain, loc. supra cit.)

Ma forse siffatta dottrina non è contraria allo stesso testo dell'art. 830 — 749, il quale ha precisamente per iscopo di determinare il modo della collazione per imputazione:

« Se la collazione non è fatta in natura, i « coeredi a' quali è dovuta prededucano una « porzione eguale su la massa ereditaria.

« Queste prededuzioni, per quanto è possi- « bile, si formano con oggetti della stessa na- « tura, qualità e bontà di quelli che non sono « stati conferiti in natura. »

DEMOLOGUE, Vol. VIII.

Ben si comprende, quando il donatario rice- vette danaro, poter conferire contante, ovve- ro (ciò che torna lo stesso) prendere soltan- to di meno nel danaro ereditario; dappoichè tal modo di collazione è unisono all'art. 830, e tendo a ristabilire la eguaglianza fra' coe- redi.

Ma avviene forse altrettanto quando l'ere- de ricevette mobili o un immobile ?

A noi torna malagevole il crederlo.

Ha forse ricevuto un immobile ? per rego- la lo stesso immobile, in essenza ed in specie dovrebbe egli conferire; e quando per fatto suo gli fu impossibile conferirlo, sempre lo stesso immobile costituisce l'oggetto della sua obbligazione: dunque non è ben fondato lo affermare rigorosamente dover egli semplice contante: dunque, se vi sieno altri immobili, i suoi coeredi possono, in conformità dell'art. 830, esercitarne il prelevamento.

Anzi noi avvisiamo cotesta soluzione essere ancora ben fondata rispetto all'erede, il qua- le ricevette mobili: di fatti ciò che gli fu do- nato non è danaro: è ben vero la collazione de' mobili potere e doversi fare per imputa- zione; ma il modo della collazione col pren- dersi tanto di meno non trovasi necessaria- mente, e per tutti i casi, determinato con l'art. 869: esso trovasi regolato dall'art. 830; ed il donatario, unicamente in mancanza di mobi- li, potrebbe almeno invocare l'applicazione dell'art. 869 (confr. Mourlon, R. pet. scrit., t. II, p. 474).

CAPITOLO VI.

(continuazione)

DELLA DIVISIONE E DELLE COLLAZIONI.

SEZIONE III.

Del pagamento de' debiti.

SOMMARIO

1260 — Divisione.

1260. — La sezione, della quale prendia- mo a ragionare, contiene tre ordini di prin- cipiî risguardanti:

I. La divisione de' debiti, val dire il modo onde i debiti della eredità vanno ripartiti tra le varie persone che possono venir chiamate a conseguirla;

II. La separazione de' patrimonii, val dire

il diritto pertinente a' creditori della eredità ed a' legatarii di demandare la separazione del patrimonio del defunto dal patrimonio dell'erede;

III. Il diritto competente a' ereditori di un convivente d'intervenire nella divisione per impedire di farsi in frode de' loro diritti.

Noi parimente seguiranno questo ordine non già perchè ci sembri il migliore possibile da adottare, ma perchè è quello dalla stessa legge stabilito (Ved. il tomo III, n. 473).

§ I

Della divisione de' debiti

SOMMARIO

1261. — Esposizione.

1262. — Il passivo ereditario comprende i debiti ed i pesi della eredità. — Qual sia il senso di queste espressioni.

1263. — Continuazione. — È uopo forse annoverar i legati tra' pesi della eredità? — Rimando.

1264. — Trattasi in questo momento di determinare in qual modo il passivo ereditario in generale vada ripartito fra diversi successori del defunto. — Quistioni cui dà luogo questo subbietto. — Osservazione.

1265. — Continuazione.

1266. — È uopo successivamente disaminare le due azioni che possono competere a' creditori del defunto ovvero gli eredi o altri successori universali, e di cui il Codice ha trattato nel nostro titolo, cioè:

A, l'azione personale; B, l'azione ipotecaria.

1264. — Nelle due prime sezioni di questo capitolo ragionammo finora della sola divisione dell' attivo.

Trattasi presentemente di esaminare in qual modo il passivo della eredità debbasi sopportare dalle varie persone, che possono venir chiamate a conseguirla.

1262. — Il passivo ereditario comprende i debiti ed i pesi:

I debiti, val dire le obbligazioni cui lo stesso defunto andava sottoposto, e le quali trasmettonsi a' suoi successori;

I pesi, val dire le obbligazioni sorte sol dopo la morte del defunto, *quæ ab hærede caperunt*, secondo la espressione di Paolo (L. de Obligat. et act.); come le spese funerarie, le varie spese relative alla conservazione, alla liquidazione ed alla divisione de' rispettivi diritti de' coeredi, spese di apposizione de' sug-

gelli, d'inventario, perizia, ec. (art. 810, 1034 — 729, 949).

Le regole che ci faremo ad esporre sono in generale comuni agli uni ed agli altri: e questa sezione intitolata del pagamento de' debiti, applicasi di fatti nel tempo stesso a' debiti, propriamente detti, ed a' pesi (art. 724, 870, 871, 873 — 645, 791, 792, 794; confr. decis. C. di Liegi 40 dic. 1840, Berleur, D. 4, 11, 447; Pothier, *Delle success.*, cap. V, art. 1; Lebrun, lib. IV, cap. 11, sez. 1 e sez. IV; ved. il tomo II, n. 519).

1263. — Noi già affermammo esser mestieri, a' creditori nostro, annoverar pure i legati fra' pesi della eredità (Ved. il tomo II, o. 520 — 522; Pothier, *loc. supra cit.*, ed Introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 107 e 126).

Altronde il pagamento de' legati va pure sottoposto alla osservanza di alcune particolari regole, che ci faremo poscia ad esporre nel titolo delle Donazioni tra vivi e de' Testamenti (Art. 920 e seg., 1017 — 837, 971).

1264. — Per ora il precipuo obbietto del nostro studio si è di determinare in qual modo il passivo ereditario in generale debbasi ripartire fra' diversi successori del defunto.

Subbietto è questo di difficile discussione; e le più gravi contese non cessarono di agitarsi: davvero straoa cosa! intorno ad una sì importante e pratica quistione, val dire quella di sapere in qual modo gli eredi o altri successori sieno tenuti al pagamento de' debiti della eredità, le opinioni de' giureconsulti presentano ancora oggidì, dopo un mezzo secolo di sperimenti, lo spettacolo di tante divergenze ed incertezze!

Non ne è colpa soltanto degl'interpelati: ed è forza confessare la compilazione de' vari testi del nostro Codice aver pure alquanto influito a far sorgere quelle divergenze ed alimentare.

Il principio sancito dal nostro Codice, è, come speriamo dimostrarlo, diverso dall'antico principio un tempo regolatore della subbietta materia: diverso, e, a' creditori nostro, anche molto migliore! ma il vero si è l'odierno legislatore non sembrar essersi totalmente spogliato della influenza delle precedenti tradizioni; e rinvengonsene ancora orme troppo manifeste nei novelli testi!

Altronde i testi medesimi trovansi sparsi in tre diversi titoli; alcuni nel titolo delle Successioni (art. 870 e seg. — 791); — altri nel titolo delle Donazioni tra vivi e de' Testa-

menti (art. 1009, 1012, 1017, 1024—935 966, 974, 979); — altri finalmente nel *titolo delle Obbligazioni convenzionali* (art. 1220 e seg. — 1473).

E cotesti vari testi, forse troppo numerosi, la cui compilazione non sempre è di una irrepressibile scaltrezza, neppur sembrano sufficientemente presentare, nel loro complesso, quello accordo e quell'armonia tanto desiderabili di rinvenirvisi.

1265. — Che che ne sia, dobbiamo qui esporre quelle fra le regole di tal subbietto dal legislatore fermate nel titolo in esame; ed a ciò ci limiteremo; avvegnachè tornerebbe impossibile, senza dipartirci moltissimo e per lungo tempo dal nostro attuale titolo, lo imprendere in questo momento la compiuta esposizione del principio della divisione de' debiti, del pari che delle eccezioni onde il principio stesso è suscettivo.

1266. — Circoscrivendoci entro questi limiti, dovremo esaminare, relativamente al pagamento de' debiti, le due diverse azioni che possono competere a' creditori del defunto avverso gli eredi o altri successori universali, e di cui il nostro Codice ha trattato in questa sezione, cioè:

- A. — L'azione personale;
- B. — L'azione ipotecaria.

A. — Dell'azione personale

SOMMARIO

- 1267. — Testi de' vari articoli, a norma de' cui erri luogo a determinare la quel modo i debiti e pesi della eredità debbano sopportare delle varie persone che possono esser chiamate a coeseguirli.
- 1268. — L'essenziale principio della suddetta materia si è i debiti, come i eredità, dividersi di pieno diritto fra gli eredi dal giorno dell'apertura della successione. — Spiegazione. — Conseguenza.
- 1269. — Continuazione.
- 1270. — Tutta la suddetta materia del pagamento de' debiti poggiava, nella nostra antica giurisprudenza, sopra una base importantissima, cioè su la distinzione fra il *contributo* ed il *diritto di agire*. — Spiegazione.
- 1271. — Continuazione. — Il Codice Napoleonico ha forse conservato tal distinzione? — Rimando.
- 1272. — Per fare questa esposizione con la maggior possibile chiarezza conviene successivamente esaminare tre ipotesi.
- 1273. — Prima ipotesi: Il defunto ha lasciato soltanto eredi legittimi. — Del caso le cui il defunto abbia lasciato un solo erede legittimo.
- 1274. — Del caso in cui il defunto abbia lasciato più eredi legittimi.

- 1275. — Continuazione. — *Quid*, se gli eredi legittimi vengono chiamati a succedere in eguali porzioni?
- 1276. — Continuazione.
- 1277. — Continuazione.
- 1278. — Gli eredi non sono testati, verso i creditori delle eredità, nè solidalmente nè ipotecariamente.
- 1279. — Nessuna azione solidale.
- 1280. — Nessuna azione ipotecaria.
- 1281. — Ciascuno degli eredi è tenuto personalmente, verso i creditori della eredità, in proporzione della sua quota ereditaria. — Conseguenza.
- 1282. — Il beneficio dello inventario non arreca veruna modificazione alle regole su la divisione legale de' debiti. — Rimando.
- 1283. — *Quid*, se gli eredi legittimi lasciati dal defunto vengono chiamati a succedergli in eguali porzioni?
- 1284. — Continuazione. — E dopo forse distinguere su gli eredi succedano per capi o per rappresentazione?
- 1285. — II. — Seconda ipotesi: Il defunto ha lasciato eredi legittimi in concorso, sia con legatari o donatari e titolo universale, sia con successori irregolari.
- 1286. — Il legatario particolare non è tenuto de' debiti della eredità. — Per qual ragione.
- 1287. — I legatari particolari possono forse nondimeno trovarsi indirettamente colpiti da' debiti? — In quali casi?
- 1288. — Continuazione.
- 1289. — *Quid*, se il legato particolare sia fatto dal defunto ad uno de' suoi eredi per anteparte? — *Quid*, se trattasi di divisione del defunto fra tutti i suoi eredi?
- 1290. — Il solo legatario universale o a titolo universale è tenuto de' debiti. — L'art. 871 fa menzione del solo legatario a titolo universale. — Per qual ragione?
- 1291. — Secondo una dottrina sommamente accreditata coesisterebbe, rispetto a' legatari universali o a titolo universale, distinguere il *contributo* ne' debiti dal *diritto di agire*.
- 1292. — A. Esposizione di questa dottrina relativamente al contributo ne' debiti. — Confutazione.
- 1293. — Continuazione. — *Quid*, se il legato a titolo universale sia di una determinata specie di beni, per esempio, di tutti gli immobili o di tutti i mobili o di una determinata quantità di tutti gli immobili o di tutti i mobili.
- 1294. — B. Del diritto di agire. — Esposizione.
- 1295. — I creditori delle eredità possono forse agire direttamente contro i legatari a titolo universale, sia prima, sia dopo il rilascio de' legati?
- 1296. — Dopo il rilascio i creditori, che ben facoltà di agire direttamente contro i legatari a titolo universale, possono forse nondimeno lasciarsi da banda, ed agire per l'opposto esclusivamente contro gli eredi legittimi, salvo a costoro il regresso avverso i legatari per la porzione per la quale sono tenuti a' debiti?
- 1297. — Continuazione.
- 1298. — Gli stessi principi testè fermati, relativamente al legatario universale o a titolo universale, sono applicabili a' donatari di beni futuri per contratto oniale.
- 1299. — Sono parimenti applicabili a' successori irregolari.
- 1300. — III. — Terza ipotesi: Il defunto non avendo eredi legittimi, ha lasciato, sia successori irregolari in concorso con legatari o donatari a titolo universale, sia successori irregolari soltanto, sia soltanto legatari o donatari.

tari universali o a titolo universale.

1301. — Del caso in cui il defunto abbia lasciato un legato, e un donatario universale, senza erede riservatario.
1302. — L'antica distinzione fra il contributo ed il diritto di agire non debbe forse ancora venir applicata, sotto l'impero del nostro Codice, a talune classi di successori, voi dire a quelli che consegnano determinati oggetti in forza di rinvio a successore, ed a legatari a titolo universale di tutti gli immobili, di tutti i mobili o di una determinata quota di tutti gli immobili o di tutti i mobili?
1303. — Continuazione.
1304. — Del caso in cui il defunto abbia lasciato legatari di usufrutto. — Rimando.
1305. — Da ciò che precede risulta i debiti del defunto dividerti in frazionari in tanti debiti separati questi sono gli eredi o successori universali. — Conseguenze.
1306. — Continuazione.
1307. — Il principio della divisione dei debiti fra gli eredi o altri successori universali comporta alcune eccezioni. — Rimando.
1308. — I creditori possono agire avverso gli eredi e altri successori universali, sia per mezzo di esecuzione, sia per mezzo di domanda.
1309. — A. I titoli esecutivi contro il defunto sono forse del pari esecutivi contro l'erede? — Censu storico.
1310. — Continuazione.
1311. — Continuazione. — Il creditore ereditario, munito di titolo esecutivo, potrebbe forse agire contro l'erede per mezzo di semplice domanda?
1312. — La notificazione del titolo esecutivo, richiesta dall'art. 871, può forse venir surrogata da un equivalente?
1313. — Gli otto giorni fra la notificazione e la esecuzione debbono essere liberi.
1314. — I titoli esecutivi non possono eseguirsi, prima di notificarsi, tanto su beni ereditari quanto su beni particolari dell'erede; tanto contro l'erede beneficiato quanto contro l'erede puro e semplice.
1315. — Nessun atto di esecuzione può aver luogo nel corso di giorni otto seguenti a quello della notificazione del titolo.
1316. — Debbesene forse concludere il precepto preventivo di pignoramento di mobili o immobili non potersi validamente fare durante il termine stesso?
1317. — La prescrizione rimane forse sospesa durante eccome termine di giorni otto, le cui i creditori non possono agire per la esecuzione dei loro titoli?
1318. — La notificazione dei titoli può seguire nel corso dei termini per formare inventario e deliberare.
1319. — L'art. 877 è forse applicabile soltanto agli eredi legittimi? ovvero è forse applicabile parimente ai successori irregolari, dei quali non si legatari ed ai donatari universali o a titolo universale?
1320. — Il titolo, producente l'arresto personale avverso il defunto, produce forse del pari contro l'erede?
1321. — Il titolo, producente ipoteca generale su beni presenti e futuri del defunto, produce forse ipoteca generale sui beni presenti e futuri dell'erede?
1322. — E. — Del caso in cui i creditori del defunto non abbiano titolo esecutivo.
1323. — Continuazione. — Della riassunzione d'istanza. — Rimando.

1324. — Dello effetto delle sentenze che possono ottenersi da' creditori del defunto contro gli eredi e altri successori universali.

1327. — Ci sembra primamente necessario ravvicinare e riportare i vari articoli costituenti la base dello studio che dobbiamo imprendere.

Cotesti articoli sono del seguente tenore:

Art. 860 — 791: « I coeredi contribuiscono tra essi al pagamento dei debiti ed a' pesi dell'eredità, ciascuno in proporzione di ciò che gli perviene. »

Art. 871 — 792: « Il legatario a titolo universale contribuisce unitamente agli eredi in proporzione della sua parte ereditaria; ma il legatario particolare non è tenuto ai debiti e pesi, salva però l'azione ipotecaria sul fondo legato. »

Art. 883 — 794: « Gli eredi sono tenuti ai debiti ed a' pesi ereditari personalmente a misura della loro parte e porzione virile, ed ipotecariamente per lo intero; salvo il loro regresso, tanto contro i coeredi quanto contro i legatari universali in proporzione della tangente per cui essi devono contribuire. »

Art. 1009 — 936: « Il legatario universale che concorre con un erede, cui la legge riserva una quota parte dei beni, sarà tenuto dei debiti e pesi dell'eredità del testatore, personalmente per la sua quota e porzione, e ipotecariamente per tutto, e sarà tenuto soddisfare tutti i legati, salvo il caso di riduzione, come è stato dichiarato negli art. 926 e 927. »

Art. 1012: « Il legatario a titolo universale, egualmente che il legatario universale, sarà tenuto a soddisfare i debiti ed a sostenere i pesi dell'eredità del testatore, personalmente per la sua quota e porzione, e per tutto ipotecariamente. »

Art. 1220: « L'obbligazione che è suscettibile di divisione, deve eseguirsi fra il creditore ed il debitore come se fosse indivisibile. La divisibilità non è applicabile che riguardo a' loro eredi, i quali non possono ripetere il debito, nè sono tenuti di pagarlo che per le porzioni loro spettanti, o per quelle per cui sono obbligati come rappresentanti il creditore o il debitore. »

Son questi i testi, a norma di cui dobbiamo determinare in qual modo i debiti e pesi della eredità van sopportati dalle varie persone che possono esser chiamate a conseguirla.

1268. — Da' predetti articoli primamente discende un principio essenziale nella subbietta materia, cioè i debiti, al pari de' crediti, dividersi di pieno diritto fra gli eredi sin dal giorno dell'apertura della successione.

In altri termini soltanto i beni corporali reputansi indivisi ed essi soltanto per regola generale puossi applicare l'operazione della divisione, di cui testè esponemmo le condizioni e le forme (ved. il t. III, n. 468 e seg.).

I beni incorporali, attivamente e passivamente riguardati, val dire i crediti ed i debiti, quando però sieno suscettivi di divisione, trovansi per contrario immediatamente divisi per la onnipotenza dello stesso legislatore.

Siffatto principio risale alla legge delle dodici tavole:

« *Nomina inter haeredes pro portionibus hereditariis erecta citra sunt.* » (*Tabula quinta*, cap. IV, ved. Pothier, *Pand.*, t. I, p. cii.)

Ed ha sempre formato una delle più inconcusse basi della civile legislazione de' Romani: quindi se ne ravvisa dovunque, io una infinita varietà di applicazioni, la potente ed universale influenza.

« *Ea quae in nominibus consistuat*, dichiara l'imperatore Gordiano, *non recipiunt divisionem, sed ipso iure et lege duodecim tabularum, in portiones hereditarias divisa sunt.* » (L. b, *Cod. famil. ercisc.*; ag. g. L. 2, *Cod. de Haeredit. art.*)

La nostra antica giurisprudenza francese ha sempre serbato cotesta fondamentale tradizione del diritto civile (confr. Pothier, *delle success.*, cap. V, art. 2 e 3; *delle Obblig.*, t. I, n. 301 — 340; Lebrun, lib. IV, cap. II, sez. 1, n. 2).

Da ultimo gli stessi legislatori del 1804 il ritennero nel nostro Codice, in cui l'art. 1220 segnatamente il proclama, applicando egualmente a' crediti ed a' debiti ereditarii siffatta sublime regola della divisione legale e di pieno diritto.

Laonde le particolari convenzioni, che i coeredi potessero fare tra essi nell'atto di divisione, e per effetto di cui un di essi fosse stato incaricato di pagare, in liberazione degli altri, la totalità di un determinato debito, non potrebbero venire opposte a' creditori della eredità; e non potrebbero modificare, riguardo ad essi, i risultamenti della divisione legale (arg. dall'art. 872 — 603; confr. art. 1465 e 1863 — 1118 e 1735)

I creditori ereditari indubitabilmente po-

trebbero, da parte degli altri coeredi, loro debitori, agire avverso quello de' coeredi che fu incaricato di pagare la quota da contribuirsi da costoro nel debito art. 1466—1419); ma tale azione è affatto diversa dall'azione personale diretta lor competente avverso ciascun de' coeredi; e non potrebbero in verun caso essere astretti ad esercitarla (confr. Delvincourt, t. II, p. 466; Duranton, t. VII, n. 429; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 449).

1269. — Quando affermasi la stessa legge produrre di pieno diritto la divisione de' crediti e de' debiti, ciò non dinota attribuire essa la totalità di quel credito ad uno degli eredi, e la totalità del credito stesso all'altro; del pari che non fa soggiacere questo alla totalità di un determinato debito e quello alla totalità di tal altro debito.

Torna evidente la divisione di pieno diritto, così intesa, divenire fisicamente impossibile, ed una ripartizione de' debiti e crediti, avuto riguardo alla importanza relativa degli uni e degli altri, comparativamente a' diritti rispettivi de' coeredi e richiedere una operazione di fatto, val dire costituire effettivamente una vera liquidazione ed una divisione ordinaria.

Dunque la divisione legale di necessità cade su ciascun de' crediti e su ciascun de' debiti, onde si compone la eredità; e di fatti una porzione di ciascun de' crediti ed una porzione di ciascun de' debiti trovansi così attribuita di pieno diritto attivamente o passivamente, sin dal giorno dell'apertura della successione, a ciascuno degli eredi nelle proporzioni che ci faremo a determinare.

Or è agevole scorgere a quali frazionamenti possa trovarsi esposto il credito o il debito, per effetto di questa duplice operazione della legge che agisce, con egual forza, in inverso senso, da parte del debitore e da parte del creditore (confr. Pothier, *delle Obblig.*, n. 300).

A cagion di esempio evvi un debito di 400 franchi, di cui Primo va creditore contro Secondo.

Primo muore lasciando quattro eredi in eguali porzioni; e conseguentemente abbiamo in avvenire quattro crediti ciascuno di 400 franchi.

Se dappoi muoia lo stesso Secondo, lasciando eredi quattro eredi in eguali porzioni, ciascun di essi diverrà debitore per un quarto di ciascun degli eredi del creditore, val dire che ciascun di essi sarà debitore di un sedicesimo del credito primitivo, di 250 fran-

chi verso ciascuno degli eredi di Primo.

Soprattutto relativamente alle rendite tale effetto della divisione legale può divenire eccessivo; ed in vero sonovi molti esempi di rendite originariamente importanti, trovatesi quindi, pel volgere del tempo, o sotto l'azione di cotesta forza doppiamente dissolvente, ridotte a frazioni effettivamente infime, e, se così lice esprimerci, ridotte al nulla.

Altrode torneremo a ragionare più specialmente intorno alle gravi ed innumeri conseguenze di cotesta legale divisione de' debiti o de' crediti.

1270. — Tutta la subbietta materia del pagamento de' debiti poggiava pure, nella nostra antica giurisprudenza, sopra un'altra base, allora eziandio importantissima.

Intendiam parlare della distinzione fra il contributo ed il diritto di agire.

Le regole del contributo avevano per iscopo di determinare in qual proporzione i debiti della eredità dovessero ripartirsi e diffinitivamente sopportarsi tra diversi successori che la conseguissero.

Le regole del diritto di agire avevano per iscopo di determinare in qual proporzione i creditori della eredità potessero agire avverso ciascuno de' successori medesimi.

Val dire che si distinguevano le relazioni de' contribuenti gli uni verso gli altri dalle relazioni de' contribuenti verso i creditori; e questi due ordini di relazioni non venivano pressochè regolati dallo stesso principio.

Siffatta distinzione soggiaceva soprattutto a due precipue applicazioni:

La prima fra gli eredi legittimi gli uni riguardo agli altri;

La seconda fra gli eredi legittimi ed i legatarii o donatarii a titolo universale.

I. — Laonde primamente, circa gli eredi legittimi, il contributo ne' debiti fra essi andava proporzionato allo emolumento che conseguivano nella eredità;

Mentre il diritto di agire veniva conferito a' creditori ereditari avverso ciascun di essi per porzioni virili, val dire per capi, qualunque fosse la ineguaglianza del loro emolumento.

La ragione si è che in tempo, almeno nelle provincie consuetudinarie, il sistema della trasmissione ereditaria era complicatissimo, come già osservammo, eravi quasi sempre, in una stessa successione, più successioni diverse e più ordini di eredi: di fatti distinguevansi la natura e l'origine de' beni, e conse-

guentemente gli eredi ne' mobili ed acquisti, gli eredi ne' beni propri paterni, gli eredi ne' beni propri materni, ec. (Ved. il tomo I, n. 306, e sez.).

Ed allora torna manifesto, per conoscere in qual proporzione ciascuno di cotesti vari eredi era tenuto di contribuire a' debiti, esser necessario procedere ad una comparativa valutazione delle diverse specie de' beni, onde componevasi la eredità.

Or erasi posto mente tornare impossibile il paralizzare, durante tutto questo tempo, il diritto di agire competente a' creditori; e siccome il procedimento non potevasi esercitare contro ciascuno degli eredi sino alla concorrenza della sua quota contributiva, non essendo la quota medesima ancor nota, così permettevasi a' creditori di agire contro ciascuno di essi per la sua porzione virile, e salvo a' coeredi, dice Pothier, lo indennizzarsi del più o del meno, quando le porzioni si saranno formate mercè di una stima. s (Nelle success., cap. V, art. 3, § 2, ed art. 4; agg. Lebrun, lib. IV, cap. II, sez. 4, n. 5).

E così appunto veniva attuata, nella sua prima applicazione agli eredi legittimi, gli uni riguardo agli altri, la distinzione fra il contributo ed il diritto di agire.

II. — La seconda applicazione, come abbiain detto, aveva luogo fra gli eredi legittimi ed i legatarii o donatarii a titolo universale.

Il contributo ne' debiti, fra gli uni e gli altri, era proporzionato allo emolumento che ciascun di essi conseguiva nella eredità;

Mentre il diritto di agire veniva conferito a' creditori contro gli eredi legittimi per le loro parti e porzioni virili, come se il defunto non avesse lasciato legatarii o donatarii universali, e senza alcuna deduzione della quota contributiva di costoro, salvo agli eredi legittimi il regresso avverso i legatarii o donatarii.

Laonde distinguevansi i successori nella persona da' semplici successori ne' beni:

Alcuni, rappresentanti del defunto, e conseguentemente tenuti de' suoi debiti non solo in forza del principio i debiti essere un peso della universalità de' beni, ma ancora e soprattutto in forza dell'altro principio il solo erede continuare la persona del defunto, e quindi divenire solo debitore personale in sua vece e luogo, sia per lo intero, se fosse solo, sia in proporzione della sua chiamata ereditaria, se fossero più;

Gli altri, i quali non rappresentavano la

persona del defunto, e conseguentemente erano obbligati a sopportare i debiti per applicazione della regola: *bona non sunt nisi deducto aere alieno* (confr. Pothier, delle Successi, cap. V, art. 3; Lehmann, lib. IV, cap. II, sez. 4 e sez. III).

1274. — La distinzione da noi rammentata nelle due applicazioni che se ne facevano rappresentava una parte capitale un tempo in tutta la subbietta materia, soprattutto nei paesi consuetudinarii.

Gli autori del Codice Napoleone l'hanno forse conservata nell'una o nell'altra delle sue antiche applicazioni?

Tal questione non è, come ravviseremo, meno notevole né meno ardua fra quelle cui oggi dà luogo la subbietta materia nel Codice imperante.

1272. — Ad obbietto di serbare il maggior ordine e la maggior possibile chiarezza in questa procaccata esposizione, crediamo dover esaminare separatamente e successivamente tre ipotesi.

I. — L'ipotesi in cui il defunto lasciò solo eredi legittimi;

II. — L'ipotesi in cui il defunto lasciò eredi legittimi in concorso, sia con legatarii o donatarii a titolo universale, sia con successori irregolari;

III. — L'ipotesi in cui il defunto, senza eredi legittimi, abbia lasciato, sia successori irregolari in concorso con legatarii o donatarii a titolo universale, sia successori irregolari soltanto, sia soltanto legatarii o donatarii universali o a titolo universale.

1273. — I. Supponasi primamente il defunto aver lasciato soltanto eredi legittimi.

Non è uopo però fermarci al caso in cui la eredità fosse toccata ad un solo erede (ved. il tomo III, n. 468).

Questo unico erede, coeseguendo tutta la universalità ereditaria, la conseguirebbe di fatto interamente, attivo e passivo.

È sarebbe tenuto de' debiti della eredità:

Sia *ultra vires*, se avesse accettato puramente e semplicemente;

Sia *intra vires*, se avesse accettato col beneficio dello inventario.

1274. — Ma il defunto lasciò più eredi legittimi.

È uopo distinguere qui due casi:

A. O gli eredi medesimi vengono chiamati a succedere in eguali porzioni;

B. O vengono chiamati a succedere in porzioni ineguali.

1275. — A. Quando gli eredi legittimi vengono chiamati a succedere in eguali porzioni tutto è semplicissimo.

A cagion d'esempio, sieno due figliuoli eredi del padre (art. 745 — 667).

Ciascun di essi, conseguendo la metà della universalità ereditaria, dovrà sopportare la metà de' debiti.

E neppur qui andiamo incontro alla grave difficoltà del contributo ne' debiti e del diritto di agire.

In vero in questo caso i due termini di siffatta distinzione confondonosi; ed i vari articoli che a vicenda si oppongono per stabilirla trovansi in armonia per lo stesso risultamento.

Vuolsi forse invocare l'art. 870 — 794 per indagare la misura del contributo nei debiti della eredità tra' due figliuoli, eredi del padre loro?

Questo articolo dichiara ciascun di essi dovervi contribuire in proporzione di ciò che vi prende: or ciascun di essi prende la metà della eredità: dunque ciascun di essi contribuisce alla metà de' debiti.

Vuolsi forse invocare l'art. 873 — 794 per investigare la misura del diritto di agire?

L'articolo medesimo dichiara gli eredi esser tenuti personalmente per la lor parte e porzione virile.

Or gli eredi nell'attuale ipotesi sono due: dunque son tenuti ciascuno per metà.

Rispetto a noi, non ammettiamo gli art. 870 ed 873 doversi così intendere, né sancire cotesta distinzione ed antitesi che si è voluto dedurre (*infra*, n. 1297-1298).

Ma ben si ravvisa che, anche quando si volessero in tal guisa intendere, non ne discenderebbe veruna differenza fra il contributo ed il diritto di agire, qualora il defunto abbia lasciato eredi legittimi, tutti chiamati a succedere in eguali porzioni.

1276. — Non pertanto, eziandio per questo primo caso, il più semplice di tutti, la compilazione degli articoli in esame non va immune da ogni difetto; anzi dovremo dimostrarne la improprietà o almeno la poca precisione.

Di vero è mai precisa ed esatta formola quella dell'art. 870, quando dispone i coeredi dover contribuire tra essi al pagamento de' debiti e pesi della eredità ciascuno in proporzione di ciò che gli perviene?

Dispiegavasi una formola così concepita,

nella nostra antica legislazione consuetudinaria; quando gli eredi succedevano, alcuni ne' nobili ed acquisti, altri ne' beni proprii: allora nessuna inesattezza scorgevasi negli articoli della consuetudine di Parigi (334) e di Orleans (340); i quali dichiaravano gli eredi esser tenuti tra essi a contribuire al pagamento de' debiti, ciascuno per quella parte e porzione presa; dappoichè di fatti allora, in proporzione di ciò che prendeva nella eredità, ciascun di essi andava tenuto a contribuire ne' debiti; laonde tornava indispensabile una stima per determinare siffatta proporzione (*supra*, n. 4270).

Ma attualmente succedendo tutti gli eredi indifferentemente ed indistintamente in tutti i beni, i quali costituiscono una sola massa ed una eredità unica (art. 732—655), torna manifesto la regola nostra non dover essere più la stessa.

E non è più rigorosamente esatto lo affermare ciascuno degli eredi dover contribuire a' debiti in proporzione di ciò che prende nella eredità.

La formola sarebbe stata molto più vera, se si fosse dichiarato ciascuno doverci contribuire in proporzione della quota ereditaria che è chiamato a conseguire; e di fatti tanto dichiara con maggiore esattezza l'art. 4220 — 4173, di cui ben tosto ragioneremo.

1277. — Cotesta osservazione non è meramente teoretica; e parecchi esempi della più frequente applicazione possono addursi, in cui avverrà che gli eredi non contribuiranno a debiti della eredità *ciascuno in proporzione di ciò che vi prenderà*.

A esagion di esempio, uno degli eredi è legatario particolare per ante parte: l'erede medesimo prenderà nella eredità più de' suoi coeredi; e nondimeno non contribuirà più di essi ne' debiti (confr. L. 1, Codice si certum petat.; art. 871, 1024 — 792, 979; *infra*, n. 4292).

O uno degli eredi venne incaricato esclusivamente dal defunto di un legato particolare a pro di un terzo: questo erede prenderà nella eredità meno de' suoi coeredi; e non pertanto non contribuirà meno di essi ne' debiti.

Torna manifesto altresì che la ineguaglianza, la quale potrebbe incontrarsi nella divisione, e per effetto di cui alcuni conseguirebbero quote più vantaggiose degli altri, non conferirebbe a costoro facoltà di pretendere che, avendo meno preso nella eredità, deb-

bano contribuire a' debiti soltanto in proporzione di ciò che presero.

Dunque che cosa dobbiamo affermare?

Che la espressione adoperata nell'art. 870 vuol dinotare ciò che ciascuno prende a titolo di erede, ovvero, in altri termini, che la espressione: *ciascuno in proporzione di ciò che gli perviene* è sinonima dell'altra: *ciascuno in proporzione della quota ereditaria da lui conseguita per modum universalitatis*.

1278. — Dunque ciascuno degli eredi è personalmente tenuto de' debiti soltanto in proporzione della sua quota ereditaria.

E per tesi generale gli eredi non possono esser convenuti in giudizio da' creditori della eredità, nè solidalmente, nè ipotecariamente.

1279. — Non può aver luogo azione solidale!

E ben vero che, a norma di alcune consuetudini, un tempo gli eredi eran tenuti solidalmente de' debiti del defunto, e che i creditori ereditarii potevano conseguentemente agire contro di essi per lo intero, salvo a chi pagò tutto il debito il suo regresso avverso gli altri: tal era il diritto osservato nel perimetro giurisdizionale della consuetudine di Amiens (art. 459) e della consuetudine di Normandia (Regolamento del 1666, art. 130 Basnage su l'art. 434; e *Trattato delle Ipoteche*, cap. IV, n. 11; Merlin, *Rep.*, v. *Debiti*, § 3, n. 2).

Ma quelle consuetudini erano pochissime ed affatto eccezionali.

In vero, a prescindere dall'essere sommamente rigorose avverso gli eredi, sarebbe tornato malagevole il giustificarle filosoficamente e logicamente in conformità de' principii del diritto civile.

D'onde mai deriva avverso gli eredi l'obbligo di pagare i debiti del defunto?

Deriva unicamente dalla causa di essere eredi.

E d'onde mai deriva la causa medesima? e per qual ragione hanno questo titolo?

Tal causa deriva ed il titolo loro proviene dal conseguire essi la universalità de' diritti attivi e passivi del defunto, l'*universum jura quod defunctus habuit*: è questa la vera causa della continuazione della persona del defunto da parte de' suoi successori.

Ore chi consegna soltanto una porzione della universalità ereditaria è erede unicamente per la porzione medesima.

E se è erede unicamente per tal porzione, non può rappresentare la persona del defun-

o. nè esser e conseguentemente, sottoposto all'obbligo personale di pagare i debiti se non per rata della porzione stessa (ved. il tomo II. n. 525; confr. arresto C. cass. 49 genn. 4527, Chantigay, D., 4827 — 410).

Tal ora la dottrina professata da Pothier quando scriveva « esservi alcune consuetudini abbastanza ragionevoli da astriagere « tutti gli eredi solidalmente a pagare i debiti del defunto, come se più individui potessero succedere in *solidum* ai diritti di una « persona. » (*Della Success.*, cap. V, art. 3, § 2).

1250. — Non ha luogo alcuna azione ipotecaria !

E ben vero che lo erede, il quale posseda un immobile della eredità ipotecato dal defunto ad uno dei suoi debiti, può venire astretto in giudizio ipotecariamente per lo intero, in conformità del dritto comune (*infr.* n. 66 e seg.)

Ma gl'immobili ereditarii non trovansi gravati d'ipoteca legale, onde fossero colpiti in tempo dell'apertura della successione per la garanzia del pagamento de' debiti.

Non pertanto si è cercato sostenere la opposta tesi; ed è forza confessare la compilazione dell'art. 873 — 794 esser tale da sembrare, a primo aspetto, ammetterla :

« Gli eredi sono tenuti a' debiti ed a' pesi « ereditarii personalmente a misura della loro « parte e porzione civile, ed ipotecariamente per l'intero; salvo il loro regresso. »

Il vocabolo *ipotecariamente* sembra di fatti generico; e soggiugnendosi esservi tanto luogo a maravigliare dello avere il legislatore attribuito ipoteca legale a' eredi del defunto su gl'immobili ereditarii in quanto che attribui la ipoteca medesima a' legatarii con l'art. 4017 — 971.

Siffatta dottrina parrebbe pur sancita dalla Corte di cassazione con arresto del 9 gennaio 4527, riconoscendo « la indivisibilità ipotecaria, la quale, indipendentemente dall'obbligo personale dell'erede al pagamento del debito del suo autore in proporzione della sua parte e porzione, risulta, contro il medesimo erede, dal possesso di un immobile ereditario ».

Non pertanto è manifesto cotesta tesi tornare impossibile.

Puossi indubitabilmente rammentare un tempo in Normandia i eredi e chirografarii del defunto divenir ipotecarii dal giorno della morte, o piuttosto, come afferma Bassage,

dal giorno dell'adizione della eredità (*Trattato delle Ipot.*, cap. IV, n. 2; agg. Gotofredo su l'art. 593 della cons. di Normandia).

Ma questa giurisprudenza era eccezionale; ed al certo il legislatore del Codice Napoleone non avrebbe trascurato dichiararlo, se fosse stato suo intendimento sanzionarla.

Laonde non vi si dee minimo rigaardo; e per comprendere lo scopo dell'art. 873 basta rammentare gli art. 333 della consuetudine di Parigi e 358 della consuetudine di Orleans.

Quelle due consuetudini, quasi identicamente, disponevano.

« Nondimeno, se sieno (*gli eredi*) possessori di fondi appartenenti al defunto, obblighi « *giti ed ipotecati al debito del defunto medesimo*, ciascuno degli eredi è tenuto pagar « l'intero, salvo il suo regresso contro i coeredi. »

Dunque in quelli articoli trattavasi di debito ipotecario da parte dello stesso defunto.

Or l'art. 873 ad evidenza si riferisce a quelli articoli delle due consuetudini; e mira allo stesso obbietto, cioè dichiarare che l'azione ipotecaria non si dovrà dividere, come l'azione personale, fra gli eredi, o che ne saranno tenuti al contrario per intero) confr. l. 1 e 2 Codice *Si unus ex plur. haered.*

A dir vero cotesta dichiarazione non era forse assolutamente necessaria : ben si comprende tale ipotesi di un debito ipotecario essersi presentata alla mente de' compilatori delle nostre antiche consuetudini, ed aver ereditato doverla regolare con un testo speciale ; avvegnacchè in quel tempo l'ipoteca generale, emergendo di pieno diritto da' titoli esecutivi, la ipotesi medesima era più frequente ; ma oggidì, risultando la ipoteca convenzionale da espressa stipolazione, siffatta preoccupazione potrebbe non sembrare tanto ben giustificata.

Che che ne sia, lo incontrastabile si è l'art. 873, il quale nel nostro Codice è la riproduzione de' su citati articoli delle consuetudini di Parigi e di Orleans, tratta, al pari di questi articoli, di un debito ipotecario da parte del defunto.

Quando il legislatore volle attribuire ipoteca a' legatarii, si è ben diversamente espresso :

« Gli eredi del testatore, dichiara l'art. « 1017 — 971, o altri debitori di un legato, « ne saranno tenuti pel tutto con l'azione « ipotecaria, fino alla concorrenza del valore degli immobili della eredità, di cui saranno detentori. »

Ben diverso è il tenore dell'art. 873, il quale non la dichiara di simigliante (confr. arresti C. cass. 5 lug. 1834, Dev., 1834, I, 421; 15 lug. 1834, Dev. 1835, I, 423).

Altronde ci riserbiamo d'investigare in prosieguo quali motivi potessero determinare il legislatore ad attribuire a legatarii, su gl' immobili della eredità, una ipoteca da lui non attribuita a' ereditori.

Basti notar qui semplicemente l'origine affatto diversa di cotesta ipoteca legale de' legatarii, derivante dalla legge giustiniana (Cod. Comm. de legat.), perpetuatasi quindi finora (confr. Lebrun, lib. IV, cap. II, seg. I, n. 42; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 354; Demant, t. III, n. 242 bis, I, Marcadé, art. 873, n. 4).

1284.—Dunque ciascuno degli eredi è tenuto personalmente verso i ereditori della eredità in proporzione della sua quota ereditaria.

E la stessa insolvibilità di uno o più tra essi, sia che fosse anteriore all'apertura della successione, sia che vi fosse posteriore, modificarsi non potrebbe cotesto principio.

Per conseguente i coeredi solvibili non possono mai esser convenuti in giudizio se non pel pagamento delle loro quote ereditarie; ed appunto su' ereditori ricade la insolvibilità degli altri (confr. decis. C. di Colmar 23 nov. 1840: Sirey, 4844, II, 77; Toullier, t. II, n. 352 e t. IV, n. 759; Duranton, t. VII, n. 444; Chabot, art. 873, n. 6; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 353).

1282.—Un principio, ora saldisimo; si è il beneficio dello inventario neppure arrecare veruna modificazione alle regole per noi esposte intorno alla divisione legale de' debiti (ved. il tomo III, n. 469, 470).

1283.—B. Suppongasì ora gl' eredi legittimi lasciati dal defunto venir chiamati a succedere in porzioni ineguali (supra, n. 45).

A cagion di esempio, sieno il padre ed un fratello del defunto, di cui l'uno succede per un quarto e l'altro per tre (art. 748 — 750 — 671 e 672).

Lo stesso principio da noi testè fermato tornerà ancora in questo caso applicabile, val dire gl' eredi esser tenuti al pagamento de' debiti sia tra essi, sia rispetto a' ereditori, ciascuno in proporzione della quota ereditaria che consegue.

E come ciascuno di essi, conseguendo la metà dell' universalità ereditaria, andava tenuto alla metà de' debiti (supra n. 46), così del pari in siffatta ipotesi uno di essi, conso-

guendo i tre quarti della universalità ereditaria, sarà tenuto al pagamento de' tre quarti de' debiti; e l'altro, conseguendo il solo quarto della universalità ereditaria, sarà tenuto a pagare soltanto il quarto de' debiti.

Ciò torna puro ineluttabile; e nessuno nè anco in questo caso cercò introdurre una distinzione fra il contributo ed il diritto di agire.

E nondimeno forse tal distinzione non parrebbe emergere dagli art. 870 ed 873?

In vero che mai dichiara l'art. 873? gl' eredi esser tenuti de' debiti e pesi della eredità personalmente a misura della loro parte o porzione virile.

Or la porzione virile è assai diversa dalla porzione ereditaria.

La porzione virile è una frazione, il cui denominatore è uguale al numero degli eredi, dappoichè si determina per capi, pro numero virorum; e conseguentemente le porzioni virili sono di necessità porzioni eguali: viriles, id est aequales portiones, insegnava Paolo (Sentent., lib. 411 tit. II, § 3; confr. Merlin, Rep., v. Porzione virile).

La porzione ereditaria vien determinata dalla quota che ciascuno erede consegue nella eredità (Merlin, loc. supra, v. Parte).

E se la porzione virile e la porzione ereditaria confondonsi quando tutti gl' eredi vengono chiamati a succedere in eguali porzioni, sono per contrario diversissime, quando vengono chiamati a succedere in porzioni ineguali.

Ebbene! dunque converrebbe forse desumere dall'art. 873, ad oia della ineguaglianza delle porzioni ereditarie che conseguono, esser gl' eredi sempre tenuti al pagamento de' debiti in porzioni virili, val dire in porzioni eguali?

Conclusione ad evidenza impossibile, e che nessuno giammai sottopose!

Se di fatti, nel nostro antico diritto, gl' eredi potevano esser convenuti in giudizio per porzioni virili, anche quando succedessero in porzioni ineguali, ne additammo già la causa (supra n. 41); cioè succedero gl' uni e gl' altri a varie specie di beni, e la parte contributiva di ciascun di essi no' debiti potendosi determinare sol dietro stima, non essersi creduto giusto dover sottoporre i ereditori del defunto alle lamentezze della stima medesima, che essi medesimi non avcan potere nè mezzi d'impredere; ed inoltre conviene riflettere tal distinzione non essersi sancita dal me-

desimo testo delle consuetudini, ed essere una specie di espediente introdotto dalla pratica con l'appoggio e lo incoraggiamento della opinione di giureconsulti.

Ma presentemente, chiamando il nostro odierno diritto, senza distinguere la natura nè la origine de' beni, tutti gli eredi a consegnare una sola e medesima massa ereditaria, siffatta distinzione non avrebbe alcuna ragion di essere; e ciò è tanto vero che, anziandio nel nostro antico diritto, nè anco veniva ammessa, quando tutti gli eredi, dice Pothier, essendo eredi negli stessi beni, e la parte che ciascuno di essi ha ne' beni essendo certa, la parte che ciascuno di essi debba avere ne' debiti, lo è del pari (Delle Succes. cap. V, art. 3, § 2).

Dunque nell'art. 873 ad evidenza rinviensi una inesattezza di compilazione!

Ma come mai spiegare cotesta inesattezza?

Potrebbeasi affermare la espressione *parte a porzione virile* costituire ancora un vestigio ed una reminiscenza dell'antico diritto, e risultarne effettivamente l'articolo medesimo intendere sottoporre gli eredi, verso i creditori della eredità, all'obbligo personale di pagare i debiti in eguali porzioni, ad onta della ineguaglianza delle loro porzioni ereditarie; ma siccome è impossibile formarne una regola generale, e l'art. 1220 — 1173 formalmente vi si oppone, converrebbe, secondo tale interpretazione, circoscrivere l'applicazione dell'art. 873 a quella delle ipotesi del nostro novello diritto, in cui la legge ricerca ancora l'origine de' beni, ed in cui chiama eredi a diversi beni (confr. infra, n. 43; art. 354, 352; 747 e 766 — 275, 276, 670 e 681; Demante, t. III, n° 209; Mourlon, Ripet. scrit., t. II, p. 480).

Cotesta spiegazione potrebbe non andare sfiorita di verosimiglianza; ma è forza convenire non pertanto essere strano i compilatori del nostro Codice avere scritto un articolo appositamente per una ipotesi, quanto rara nel novello diritto altrettanto frequente nell'antico!

Non sarebbe forse più probabile la espressione *parte a porzione virile* essersi adoperata dal legislatore del 1801 qual sinonima dell'altra *parte a porzione ereditaria*? indubitabilmente sarà questa una manifesta confusione; ma è da riflettere la confusione medesima essersi commessa anteriormente; e se ne rinvencono esempi, sia nella nostra antica giurisprudenza, sia nella legislazione intermedia.

Laonde le espressioni *porzione virile* e *porzione ereditaria* trovansi confuse da Bourjon (Diritto comm. della Francia, part. II, cap. XII, n° 2), e da Espiard sopra Lebrun (lib. IV, cap. II, sez. I, n. 1).

Ed avendo la legge del dì 8 gennaio 1790 (art. 6) negato il diritto di scegliere a' figliuoli di un debitore morto insolubile, i quali ritenessero una porzione de' beni suoi senza pagar la loro *porzione virile de' suoi debiti*, questa espressione venne definita con istruzione ufficiale dello stesso giorno nel seguente modo: « la *porzione virile*, per ciascun figliuolo, è la parte de' debiti che sarebbe stato tenuto pagare, se avesse ereditato dal padre suo. »

Tali precedenti possono indurci a credere i compilatori stessi del nostro Codice avere adottato siffatta sinonimia o piuttosto siffatta confusione, già per così dire accreditata nel linguaggio del diritto; e ciò che renderebbe tal supposizione viepiù verosimile si è aver egli di fatti adoperato come sinonimi ad evidenza, nell'art. 1475, i due vocaboli *quota virile* ed *ereditaria*: or è indubitato in questo articolo trattarsi della porzione per cui la eredità trovasi deferita a ciascuno erede.

Che che ne sia, lo indubitato si è gli eredi, sia che succedano in eguali porzioni, sia che succedano in porzioni ineguali, non esser mai tenuti de' debiti se non in proporzione della loro quota ereditaria, *pro portionibus hereditariis*, come dichiaravano con massima esattezza gl'imperatori Severo ed Antonino (L. I, Codice Si cert. pelatur; agg. art. 875, 1220 — 795, 1173.)

1284. — Cotesto principio debbesi sempre applicare:

In qualsivoglia modo i diversi eredi succedano, sia direttamente, sia per rappresentazione;

E quindi in qualsivoglia modo la divisione della universalità ereditaria si faccia tra gli uni e gli altri, sia per capi, sia per stirpi.

Laonde, per esempio, se il defunto abbia lasciato due fratelli e quattro nipoti, i quali succedono come rappresentanti di un terzo fratello premorto, ciascuno de' due fratelli, conseguendo il terzo della universalità ereditaria, sarà tenuto al pagamento del terzo dei debiti;

Come del pari ciascuno de' quattro nipoti, conseguendo il quarto nell'altro terzo della universalità ereditaria, sarà tenuto del quar-

to de' debiti nel terzo medesimo, val dire per un dodicesimo; dappoiò l'azione personale, dicea Lebrun, « non produce mai alcuna solidità; e la stessa rappresentazione non è individuale. » (Lib. IV, cap. II, sez. 1, n. 10; confr. Pothier, *delle Success.*, cap. V, art. 411, § 2; Ferrières, *sulla Cons. di Parigi*, art. 332, n. 42-43; Toullier, t. II, n. 514; Chabot, art. 873, n. 4; Duranton, t. VII, n. 427.)

4285. — II. La seconda ipotesi per noi enunciata (*supra*, n. 13) è quella in cui il defunto abbia lasciato eredi legittimi in concorso, sia con legatari o donatari a titolo universale, sia con successori irregolari.

Facciamoci primamente a ragionare del concorso degli eredi legittimi co' legatari universali o a titolo universale, unico caso direttamente contemplato da' testi in disamina (art. 874, 1009, 1012 — 792, 935, 966).

Laonde tutto ciò che diremo intorno a questo caso sarà sotto ogni rapporto, applicabile al concorso degli eredi legittimi con donatari universali o successori irregolari (*infra*, n. 430 o segg.).

4286. — L'art. 871 — 792 dispone:

« Il legatario a titolo universale contribuisce unitamente agli eredi in proporzione della sua parte ereditaria; ma il legatario particolare non è tenuto a' debiti e pesi, a' salva però l'azione ipotecaria sul fondo legato. »

Dunque dobbiam primamente escludere il legatario particolare.

L'art. 874 dichiara non esser tenuto a contribuire a' debiti; e l'art. 1024 — 979 riproduce la stessa disposizione ne' seguenti termini:

« Il legatario a titolo particolare non sarà tenuto a' debiti dell'eredità, eccettuati i casi della riduzione del legato, come è stato sopra disposto, ed eccettuata l'azione ipotecaria dei creditori. »

In vero i debiti sono un peso della universalità de' beni; e possono esserne tenuto soltanto coloro che conseguono la universalità o una frazione della universalità, ed i quali sono *totius juris successores* (L. 15, Cod. *de Donationibus*);

Or il legatario particolare consegue oggetti isolatamente considerati; ed il suo titolo non fraziona menomamente la stessa universalità;

Dunque non debbe essere tenuto a' debiti (ved. il tomo I, n. 8)

E tal conclusione, sotto l'aspetto scientifi-

co, sommamente giuridica, è pure generalmente unisona alla intenzione del testatore, il quale, facendo un legato particolare, senza soggettarlo espressamente ad alcun peso, debbesi presumere aver voluto che il legatario ottenesse per intero la cosa legatagli ovvero il suo valore.

Conseguentemente il legatario particolare va immune dal contributo verso gli eredi, e dal diritto di agire competente a' ereditari: *Ne vel haeredes donatricis, vel ejus creditorum te jure possint convenire* (L. 15, *Supra cit.* Pothier, *delle Success.*, cap. V, art. 411, § 4).

4287. — Nondimeno i debiti possono indirettamente colpire il legatario particolare.

La qual cosa avviene, quando i beni della eredità sieno insufficienti ad estinguere tutti i legati: allora è forza ridurli; dappoiò i legati possono venire soddisfatti soltanto sui beni; ed unicamente dopo pagati i debiti possono esistere beni (art. 922, 926, 1024 — 839, 843, 979; confr. Lebrun, lib. IV, cap. III, sez. 41, n. 50).

Ma è rilevante riflettere cotesto risultato saporre:

Sia l'accettazione col beneficio dello inventario da parte dell'erede (art. 808, 809 — 727, 728; ved. il tomo II, n. 235).

Sia la separazione de' patrimoni ottenuta da' creditori del defunto (*infra*, n. 122; confr. Demante, t. III, n. 206 bis, II; Mazerat sopra Chabot, art. 874, n. 2, nota 4).

4288. — Ben si comprende altresì il legatario particolare di un immobile ipotecato ad un debito della eredità andar sottoposto, qual terzo possessore, all'azione ipotecaria del creditore (art. 874, 874, 1024 — 792; *infra*, n. 70 — 74).

4289. — I principii da noi testè esposti, relativamente al legatario particolare, sono applicabili anche quando il legato particolare fu fatto per anteparte ad un degli eredi legittimi.

Di fatti l'eredità non sarebbe, al pari di ogni altro legatario particolare, tenuto a questo titolo di contribuire a' debiti; o questa qualità, distintissima nella sua persona dalla qualità di erede, non modificerebbero menomamente le obbligazioni derivanti per lui da questa ultima qualità.

Indubitabilmente potrebbe diversamente accadere, se il defunto avesse fatto tra' suoi eredi non legati particolari, ma una divisione per effetto di cui avesse attribuito determinati beni all'uno e determinati beni all'al-

lo: allora potrebbe esservi luogo ad affermare con Cujacio: *hoc legatum nihil aliud est quam hereditatis distributio, legatum mixtum est hereditati, et hereditas mixta est legato* (Quist. di Papiniano, lib. XVIII, L. 90, de Legat. 1°).

Ma è mestieri che il testamento offra di fatti il carattere di vera divisione; ed avvisiamo con Lebrun (Lib. IV, cap. II. sez. II, n° 52) conveniva non dipartirsi di leggieri dal principio che esime da ogni contributo a' debiti il legatario particolare.

4200. — Dunque il solo legatario universale o a titolo universale può esser tenuto ai debiti della eredità.

Diciamo il *legatario universale* o a *titolo universale*.

Ma l'art. 874 per contrario dichiara soltanto: il *legatario a titolo universale*.

Per qual ragione?

Indubitatamente la ragione si è, nel nostro antico diritto, la distinzione fra il legato universale ed il legato a titolo universale esser ignota: vi si dinotava per contrario indifferentemente, sotto la denominazione di legato universale o a titolo universale, in contrapposto al legato particolare o a titolo particolare, il legato della universalità o di una quota parte della universalità de' beni (confr. Pothier, delle Success., cap. V, art. 2, § 3; o delle Donaz. testam., cap. II, sez. 4, § 2).

Ha il nostro Codice introdotta cotesta distinzione per la prima volta, non già nel titolo delle Successioni, ma di poi nel titolo delle Donazioni e de' Testamenti (art. 1002, 1003, 1010 — 928, 929 e 964); e conseguentemente nell'art. 871 ha pure adoperato la espressione *legatario a titolo universale*, secondo il suo antico significato, per dinotare nel tempo stesso il legatario universale ed il legatario a titolo universale (confr. altronde gli art. 873, 874, 875 — 794, 795).

Del rimanente tale osservazione è meramente storica e dottrinale; avvegnachè non oravi alcuno interesse a dinotare specialmente, nell'art. 874, il legatario universale: di fatti quello articolo regola l'ipotesi del concorso degli eredi legittimi con un legatario di quantità: or lo stesso legatario universale, quando trovisi in concorso con eredi riservatarii, di viene effettivamente, rispetto al pagamento de' debiti, legatario a titolo universale (confr. art. 1009, 1012, 1013 — 935, 966, 967).

4291. — Ebbene! dunque come mai il le-

gatario universale, in concorso con eredi riservatarii, o il legatario a titolo universale, in concorso con eredi qualsivogliano, sono tenuti al pagamento de' debiti?

Eccoci arrivati al punto più procardico e controversito di tutta la subbietta materia.

A norma di una dottrina, che autorevoli suffragii da lungo tempo accreditarono, vi sarebbe, tra gli eredi legittimi ed i legatarii universali o a titolo universale, grave differenza, sotto il duplice rapporto:

A. Sia del contributo;

B. Sia del diritto di agire.

1292. — A. Rignardo primamente al contributo a' debiti della eredità, i propugnatori di quella dottrina ragionano nel seguente modo:

A norma dell'art. 870 — 791, gli eredi debbono contribuire a' debiti della eredità ciascuno in proporzione di ciò che gli perviene; mentre, in conformità dell'art. 871, il legatario a titolo universale debbe contribuire in proporzione della sua parte ereditaria.

Or queste due formole sono assai diverse; o ne conseguita il legatario a titolo universale esser di fatti tenuto, rispetto agli eredi legittimi, di contribuire a' debiti entro il limite o siao alla concorrenza dello emolumento, val dire del vantaggio che ritrae dal legato: invocansi parimenti in tal senso i termini dell'art. 1047.

Per maggior chiarezza ci viremo dello esempio addotto dagli stessi propugnatori di cotesta dottrina.

Primo minore lasciando per eredi legittimi due fratelli ed un legatario a titolo universale del terzo de' suoi beni, cui ha imposto il peso di un legato particolare di 10,000 franchi.

Primo ha 60,000 franchi di beni e 9000 di debiti.

Ciascuno de' suoi due fratelli ha dunque 20,000 franchi; ed il legatario a titolo universale eziandio 20,000.

In tale stato di cose come mai si dovrà regolare, tra' due fratelli del defunto ed il legatario a titolo universale, il contributo a' debiti?

Forse in proporzione della quota ereditaria, devoluta a ciascun di essi: per modo che ciascun di essi avendo un terzo, cioè 20 sopra 60, dovrebbe sopportare un terzo de' debiti, cioè 3 sopra 9?

No! rispondono i propugnatori di cotesta dottrina.

Il legatario a titolo universale debbe con-

tribuire *pro rata* del suo emolumento ;

Or, in tale specie, il suo emolumento non è di 20, 000 franchi, ma soltanto di 10, 000, essendo incaricato di pagare un legato particolare di 10, 000 franchi : conseguentemente ha per emolumento il quinto de' beni ;

Lunque dee contribuire a' debiti per un quinto (confr. Toullier, t. II, n. 520; Duranton, t. VII, n. 433; Troplong, *delle Donazioni e de' testam.*, t. IV, n. 4858; Demante, t. III, n. 205 e seg.)

Noi avvisiamo essere inesatta cotesta teoria; e per contrario opiniamo il legatario a titolo universale dover contribuire a' debiti, come gli eredi, in proporzione della quota ereditaria, che è chiamato a conseguire, secondo la stessa natura del suo titolo :

4.° A norma dell' art. 874 il legatario a titolo universale dee contribuire in *proporzione della sua parte ereditaria* ;

Or che mai dinota il contribuire in *proporzione della sua parte ereditaria* se non contribuire in proporzione del suo emolumento, val dire per una parte corrispondente proporzionalmente al conseguito emolumento ?

Di vero l' art. 871 non dichiara il legatario a titolo universale contribuire *sino alla concorrenza del suo emolumento*. E ciò è notevolissimo ! cotesta ultima formula di fatti è precisamente quella adoperata dal legislatore del nostro Codice, quante volte abbia voluto circoscrivere l' obbligazione a' debiti entro i limiti di alcuni beni : puosseue ravvisar la prova negli art. 502, 1017, 2.° comma e 1475 — 749, 974 ; ed allora torna manifesto il contributo avere per misura i beni medesimi *sino alla concorrenza de' quali soltanto è imposto*.

Ma il legislatore si esprime diversamente nell' art. 874 e nel primo comma dell' art. 1017 ; e la formula da lui adoperata ha un significato ben diverso !

Relativamente al vocabolo *emolumento*, adoperato nell' art. 874, neppure ha altro senso nè altra significazione che quella della espressione adoperata nell' art. 870 : in *proporzione di ciò che gli perviene*. In ambedue i casi campeggia la stessa idea, val dire l' idea di un contributo proporzionale, avuto riguardo alla quota ereditaria conseguita ; dappoi che lo emolumento conseguito dal legatario a titolo universale si consegue però a titolo universale, val dire come quota ereditaria.

Tanto Nicias Gaillard osservò con fonda-

mento sommo e con la grave autorità che gli compete :

« La espressione in *proporzione della sua parte ereditaria*, adoperata nell' art. 874, vuole semplicemente dinotare il legatario a titolo universale dover sopportare ne' debiti e pesi ereditarii una parte proporzionale a quella conseguita da lui ne' beni e diritti della eredità, assolutamente come gli eredi legittimi, intorno a cui la legge dichiara, con l' art. 870, dover contribuire al pagamento de' debiti e pesi ereditarii, *ciascuno in proporzione di ciò che gli perviene*; ma se è questa la misura della obbligazione degli uni e degli altri circa la quota-parte di cui sono debitori, non è mecomamente, più per gli uni che per gli altri, il determinamento della natura e de' limiti dell' obbligazione medesima, circa il sapere su quali beni e sino alla concorrenza di quali beni possono esserne tenuti... » (Rivista crit. di giurispr., 4852, p. 335).

2.° Forse, ammettendo eziandio lasciarsi dall' art. 874 su tal punto qualche dubbio, gli art. 1009 e 1012 non sono positivi in questo senso, quando dichiarano i legatarii a titolo universale esser tenuti *personalmente per la loro parte e porzione de' debiti e pesi della eredità* ?

Se ne conviene ; ma che si risponde ?

Obl' ciò è importante a riferire !

Si risponde che di fatti, sotto il rapporto del diritto di agire, il legatario a titolo universale è tenuto, verso i creditori della eredità, per la sua parte e porzione, ma che sotto il rapporto del contributo è tenuto, verso gli eredi, soltanto sino alla concorrenza del suo emolumento, e che, se è stato astretto da' creditori a pagare di più, avrà il suo regresso contro gli eredi per la differenza ; che quindi, nell' addotto esempio, il legatario a titolo universale è tenuto de' debiti verso i creditori, per un terzo, e verso gli eredi per un quinto ; e che, se è stato astretto a pagare il terzo ai creditori, avrà il suo regresso contro gli eredi per la differenza del quinto al terzo (Toullier, loc. *supra* ; Troplong, loc. *supra*, e n. 4839).

Ma come dunque ? e per qual ragione ?

Appresso ravviseremo la stessa dottrina da noi qui combattuta permettere a' creditori di convenire in giudizio gli eredi, eziandio per la porzione de' debiti di cui il legatario a titolo universale è tenuto, salvo il loro regresso contro di lui (infra, n. 37) ; ed ora essa permette a' creditori di agire contro il legatario

rio a titolo universale per una porzione de' debiti di cui gli eredi fossero tenuti, salvo il suo regresso contro di essi l

A dir vero a qual pro tutte queste complicazioni e tutti questi circuiti? e simigliante teorica sarebbe mai ben concepita l

Laonde avvisiamo non esser questa la teoria del nostro Codice.

Il nostro Codice non iscorge negli eredi e ne' legatarii a titolo universale se non successori dello stesso ordine e della stessa condizione :

Alcuni ebiamati dalla volontà della legge;

Altri chiamati dal' volontà dell' uomo, ma i quali, succedendo parimente gli uni e gli altri ad una quota parte della universalità ereditaria, dell' *universum jus quod defunctus habuit*, sono tutti egualmente *loco hæredum* (L. 462, ff. de Regul. juris).

Consequentemente concludiamo che, nell' addotto esempio, il legatario a titolo universale dovrà contribuire, co' due fratelli del defunto, al terzo de' debiti, e non semplicemente al quinto; e ciò che non gl' impedirà di essere obbligato ad estinguere il legato particolare, posto a suo carico; del pari ebe quello fra gli eredi, a carico del quale fu messo un legato particolare, sarebbe sempre tenuto però de' debiti in proporzione della sua quota ereditaria (supra, n. 18; confr. decis. C. di Bastia 8 feb. 1837; Mattei, D., 1837-11-404; arreto C. cass. 13 ag. 1851, Toussaint, Dev., 1851-1-657; Chabot, art. 874; Zachariæ, Aubry e Rau, t. V, p. 359; Duvergier sopra Toullier, t. II, n.° 522, nota a).

1293 — Questa dottrina dovrebbe forse seguita, eziandio nel caso in cui il legato a titolo universale fusse di una determinata specie di beni, di tutti gl' immobili, per esempio, e di tutti i mobili o di una determinata quantità di tutti gl' immobili o di tutti i mobili? (Art. 1010 — 964).

« Tutti sono di accordo, dice Duranton, che se il legato sia d' immobili, o di mobili, o di una quota parte degl' immobili o de' mobili, il legatario, come semplice successore nei beni, ed in una determinata specie di beni soltanto, è tenuto effettivamente di contribuire a' debiti con gli eredi *pro rata del suo emolumento*, val dire in proporzione del valore de' beni compresi nel legato, paragonato al totale valore dell' attivo della eredità; talchè se i mobili di cui è legatario, per esempio, valsero 10,000 fr. e gl' immobili 20,000, non sarebbe tenuto necessariamente del ter-

zo de' debiti nel caso in cui eccedessero il valore totale della eredità, come vorrebbero gli eredi, se costoro avessero imprudentemente accettato la eredità: no sarebbe tenuto sino alla concorrenza del valore di ciò che gli fu rilasciato. » (T. VII, n. 432).

Nondimeno opineremmo, eziandio in tal caso, doversi applicare la dottrina testè riferita.

Da un lato di fatti cotesta specie di legatario pare riguardata dalla legge come legato a titolo universale (art. 1010—964); or l' art. 874, nell' assoluta generalità de' suoi termini, comprendo tutti legatarii a titolo universale;

D' altro lato un simigliante legatario, per la stessa ragione di andar considerato a titolo universale, trae seco una frazione ed una quota parte della universalità ereditaria: or ebbi dunque consegua una frazione ed una quota parte della universalità ereditaria, è *loco hæredis*.

Laonde, nel nostro antico diritto, gli eredi in determinata specie di beni, come gli eredi ne' mobili ed acquisti, e gli eredi ne' beni proprii, ma sempre tenuti de' debiti della eredità in proporzione della quota ereditaria, che conseguitano (confr. Pothier, delle Success., cap. V, art. 11, § 4).

Tutto ciò riguarda il contributo a' debiti fra gli eredi ed i legatarii a titolo universale.

1294. — B. Ecco ora quanto riguarda il diritto di agire.

Due quistioni doggionsi qui risolvere :

Primamente i creditori della eredità possono forse agire direttamente contro i legatarii a titolo universale?

In secondo luogo, se il possono, il debbono? in altri termini, è forse per essi soltanto una facoltà o per contrario una necessità?

1294. — Torna incontrastabile i creditori della eredità aver diritto di agire contro i legatarii a titolo universale personalmente: gli art. 1009 e 1012 sono positivi.

Puossi unicamente porre in quistione se i legatarii possono esser convenuti in giudizio indifferente prima del pari che dopo il rilascio, che eglieno sono tenuti di dimandare (art. 1001, 1011 — 930, 965).

Ma avvisiamo sol dopo il rilascio de' legatari poter essi esser convenuti in giudizio da' creditori, sia attonde qualunque la forma del testamento costituente il loro titolo, olografo, pubblico o nistico.

La successione nell' *universum jus defun-*

eri risulta, con tutte le sue effettive e pratiche conseguenze, dallo impossessamento, che pone di fatto il successore in luogo e vece del defunto;

Or lo impossessamento stesso emerge, pei legatarii, dal rilascio de' legati;

Dunque a computare dal giorno di siffatto rilascio le azioni attive e passive vengono effettivamente trasmesse per quantoliriguarda.

E per la stessa ragione per cui non potrebbero, prima di avere ottenuto il rilascio, convenire in giudizio i debitori della eredità, non possono esserlo da' creditori (ved. il tomo I, n. 456, ed il tomo III, n. 410; confr. *Troplong, de l'è Donat. e de testam.*, t. IV, n. 1840).

4295 — Ma, dopo il rilascio, i creditori i quali han facoltà di agire direttamente contro i legatarii a titolo universale possono forse nondimeno lasciarli da banda, ed agire per l'opposto esclusivamente avverso gli eredi legittimi, salvo a costoro il regresso contro i legatarii per la parte per cui son tenuti de' debiti?

Un partito autorevole nella dottrina, ed il quale rappresenta le antiche tradizioni, professava tenacemente l'affermativa:

4. Era, diccsi massima ineluttabile in Francia nelle provincie consuetudinarie gli eredi legittimi, considerati come soli successori alla persona del defunto, essere conseguentemente tenuti personalmente de' debiti della eredità, mentre i legatarii universali erano semplici successori ne' beni, la cui presenza non impediva agli eredi legittimi di esser personalmente tenuti alla totalità dei debiti rispetto ai creditori del defunto (Potthier, *della succes.*, cap. V. art. 3, § 1 e 2; Lebrun, lib. IV, cap. II, sez. 4, n. 3 e 5).

Or, ben luogi dallo avere il legislatore del codice Napoleone manifestato lo intendimento di abolire quelle tradizioni, tutti i testi dimostrano per contrario averle ritenute.

Se ne rinviene la prova:

Sia nel ravvicinamento degli art. 870 ed 871, i quali determinano il contributo fra gli eredi ed i legatarii universali, all'art. 873 il quale determina il diritto di agire e vi sottopone i soli eredi, salvo il loro regresso contro i legatarii;

Sia negli art. 724 e 4220 — 645 e 1473, i quali, uniformemente alle idee consuetudinarie, annodano allo impossessamento ereditario l'obbligo del pagamento de' debiti;

Sia finalmente negli art. 967 e 1002 — 892 e 928, i quali di fatti dimostrano il no-

stro codice, preferendo l'idea consuetudinaria alla idea romana dell'eredità istituita, servata dalle antiche provincie di diritto scritto, non ammettere più oltre gli eredi legittimi, che semplici successori ne' beni.

2. Soggiungesi cotesta dottrina essere eziandio, conformemente al diritto filosofico, la più ben fondata; dappoichè, diccsi, i legatarii universali sono meri successori a titolo singolare, i quali non conseguono, a dir vero alcuna porzione del patrimonio del defunto, ed a rigore non dovrebbero essere neppure tenuti a contribuire al pagamento dei suoi debiti (Aubry e Rau sopra Zachariae, t. V, p. 9, 26, 60 e 350).

3. Da ultimo si è preteso, sotto lo stesso punto di veduta della pratica utilità, cotesta dottrina essere pure la migliore: di fatti gli eredi sono in generale noti; le regole intorno alla devoluzione de' beni trovansi scritte nella legge; ed in tempo della morte del loro debitore i creditori possono quindi conoscere contro chi ed in qual proporzione debbono muovere i loro procedimenti. Ma chi mai conosce i legatarii? Ma onde è forza convenire i creditori esser tenuti di dirigersi ad essi sol dopo il rilascio de' legati; ma, a prescindere dallo introdursi così nei testi del codice, e segnatamente negli art. 724, 873 e 4220, una distinzione da essi non comportata, non può accadere, diccsi, il rilascio de' legati, cui i creditori rimangono compiutamente estranei, poter avere per effetto di deteriorare la loro condizione ed alterare i diritti che lo impossessamento, seguito dalla pura e semplice accettazione; aveva loro irrevocabilmente conferiti avverso gli eredi.

Aggiungesi non aversi ad obbiettare gli eredi trovarsi così esposti dolorosamente ai rischi della insolubilità de' legatarii: in vero è uopo del seguente dilemma: o il pagamento de' debiti verrà dimandato contro di essi prima del rilascio dei legati; ed allora, nel momento del rilascio stesso, preleveranno la parte contributiva de' legatarii; o il pagamento non verrà dimandato prima del rilascio; ed allora gli eredi potranno, se vi sia luogo, dimandare o pagarsi immediatamente dai legatarii la loro quota ne' debiti, o darsi cautele da loro (coaf. Duranton, t. VI, n. 92; Demante, t. III, n. 208 e seg.; Colnot de Sauterres, t. IV, n. 452 e seg.; Bugnet sopra Potthier, t. VIII, p. 412; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 522, nota a, Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 350; Massé e Vergé, t. II, p.

428; Berr'al Saint-Prix, *Rivista crit. di giurisprud.*, 1852, p. 157, e seguente; Marcadé, art. 4002, num. 2, e *Rivista crit.*, 1852, p. 197).

4296.— Questa teorica non ci sembra ben fondata; e noi avvisiamo averne già somministrato la prova, dimostrando innanzi i legatarii a titolo universale esser tenuti al pagamento de' debiti della eredità *ultra vires* se non accettino col beneficio dello inventario (ved. il tomo II, n. 445-447).

Ubbiamo qui compiere siffatta rilevante dimostrazione:

4. A norma degli art. 1009 e 1012 il legatario universale, in concorso con un erede riservatario, ed il legatario a titolo universale son tenuti al pagamento de' debiti *personalmente per la loro quota e porzione*, ed ipotecariamente per lo intero; val dire che, ravvicinando gli articoli medesimi all'art. 873, la cui formula è perfettamente simile, si scorge esser tenuti nella stessa guisa degli eredi; da ciò appunto abbiamo inferito esser tenuti di fatti, come gli eredi, *ultra vires* se non accettino col beneficio dello inventario; e, se son tenuti *ultra vires*, la ragione si è non essere soltanto semplici successori ne' beni, ma successori nella persona e vari rappresentanti del defunto: or, se sono, per la loro quota e porzione, rappresentanti del defunto, torna manifesto gli eredi stessi non poter rappresentare il defunto per lo intero; ed in siffatta guisa la dimostrazione, onde si stabilì l'obbligo del pagamento de' debiti *ultra vires* da parte de' legatarii a titolo universale, per la loro quota e porzione, ha necessariamente eziandio, nel tempo stesso, ridotto l'obbligo al pagamento de' debiti, da parte degli eredi, per la loro quota e porzione.

Obbiettasi rannodarsi da noi troppa importanza agli art. 1009 e 1012; avvegnachè, dicessi lo stesso antico diritto consuetudinario sottoponeva parimente i legatarii a tale personale obbligazione; e nondimeno non cessò giammai dal riguardarli come semplici successori ne' beni. Soggiungesi il vocabolo *personalmente*, adoperato in quegli articoli, essersi scritto per antitesi all'altro *ipotecariamente*, ed il legislatore non avere avuto altro scopo se non quello di caratterizzare le due azioni conferite a' creditori avverso il legatario, cioè l'una reale, l'altra personale; ma, conferendo questa, averla conferita tal quale la conferiva l'antico diritto, val dire circoscritta e limitata ai beni compresi nel legato;

DEMOLORE, Vol. VIII.

dappoichè non è della essenza della obbligazione personale l'essere indefinita: quindi la moglie in comunione di beni, la quale distese inventario, ancorchè personalmente tenuta al pagamento de' debiti della comunione, non può nulladimeno esser convenuta in giudizio se non *ultra vires* (art. 1482, 1484; confr. Colmet de Santerre, *loc. supra cit.*).

Comprendiamo gli sforzi fatti per privarci della posizione acquistata nella disamina degli articoli 1009 e 1012; avvegnachè, se gli articoli medesimi debbono esser intesi, come noi gl'intendiamo, tutte le quistioni, che si è qui proseguito ad agitare, trovansi di necessità risolte? Or ci sembra assai malagevole il disconoscere il vero senso ed importanza degli stessi articoli!

Ciò che di fatti con massima lucidezza dichiarava si è i legatarii esser tenuti al pagamento de' debiti e pesi della eredità *personalmente per la loro quota e porzione*.

Ma l'antico diritto aveva così dichiarato; e lo stesso Pothier lo insegna.

No! anzi per l'opposto Pothier insegnava i legatarii universali non essere *debitori personali* de' pesi della eredità (*delle success.*, cap. V, art. 3, n. 1). Ricard avvisa parimente esserne tenuti soltanto *ob rem*; e Lebrun qualificava *imperfetta* l'obbligazione personale loro imposta (Lib. IV, cap. II, sez. 1, n. 3; agg. Merlin, *Rep.*, v. *Legatario*, art. 1, n. 13 e 15).

Tale era l'antico diritto.

Sommamente diverso è il diritto nuovo negli art. 1009 e 1012! dappoichè ne' termini più assoluti il legislatore dispone i legatarii a titolo universale esser tenuti de' debiti *personalmente per la loro quota e porzione*, negli stessi termini identicamente, di cui si servi nell'art. 873, per dichiarare gli stessi eredi esserne tenuti *personalmente per la loro quota e porzione*. E ben vero per l'art. 1009 e 1012 soggiungere i legatarii a titolo universale esser tenuti *ipotecariamente per lo intero* ma l'art. 873 ha fatto pure la stessa aggiunta dappoichè non pretendesi indubitalmente, nell'art. 873, il vocabolo *ipotecariamente* avere avuto soltanto per obbietto di stabilire un' antitesi fra l'azione reale e l'azione personale! Perchè dunque una compilazione perfettamente simigliante avrebbe, negli art. 1009 e 1012, uno scopo ed un effetto, che essa non ha nell'art. 873!

E quando obiettasi non esser della essenza della obbligazione personale l'essere inde-

finita, è uopo nondimeno convenirsi: cotesto carattere tornare sommanente consentaneo alla sua natura I (art. 2092, 2093 — 1962, 1963); talechè a siento puossi citare uno o due esempi di obbligazioni personali limitate a taluni beni. Quindi è ad evidenza indispensabile un testo speciale di legge per potere l'obbligazione personale venire circoscritta in modo cotanto eccezionale. Or ben lungi dal rinvenirsi un testo positivamente astrattivo, gli art. 1009 e 1012 stabiliscono per contrario nel modo più illimitato l'obbligo personale de' legatari universali, i quali trovansi quindi necessariamente collocati sotto l'impero degli art. 2092 e 2093.

Al punto in cui ci troviamo gli altri articoli, invocati da' propugnatori della opposta dottrina, non potrebbero più annientare il risultamento da noi raggiunto.

È possibile che negli art. 870, 874 ed 873 rinvegnansi ancor le tracce dell'antica distinzione fra il contributo ed il diritto di agire (supra, n. 24), ma noi neghiamo recisamente di averla sancita. Se l'art. 873, nella sua seconda parte, attribuisce agli eredi regressi contro i legatari universali, non conviene al certo inferirne emergere dalla prima parte poter gli eredi venire convenuti in giudizio personalmente dai creditori, eziandio per la parte e porzione de' debiti, al cui pagamento son tenuti i legatari universali. Evv'ene una prova decisiva in quello stesso articolo, cioè che la seconda parte attribuisce il regresso agli eredi non solo contro i legatari universali, ma eziandio contro i loro coeredi! or apparentemente gli eredi non possono esser convenuti in giudizio personalmente per la parte de' debiti di cui son tenuti i loro coeredi di fatti il regresso attribuito dalla seconda parte dell'art. 873 si riferisce alla espressione della prima parte *ipotecariamente per intero* e si applica unicamente al caso in cui, per effetto dell'azione ipotecaria, l'eredità fosse stata tenuta a pagar tutto.

Relativamente agli art. 724 e 1220, i quali avrebbero fondato, affermarci, l'obbligazione illimitata di pagare i debiti e la rappresentazione della persona, sul principio del possesso legale, abbiamo già osservato il possesso medesimo non essere effettivamente la causa della continuazione da parte dell'erede della persona del defunto è dell'obbligo di pagare i debiti *ultra vires* (ved. il tomo I, n. 432 bis). Ma, ammettendo, ciò che noi incliniamo puro a credere, essersi potuto fare questa confu-

sione da lungo tempo, è forza non dimenticare esservi due specie di possesso, cioè l'uno legale, l'altro giudiziale; e questo, una volta conseguito, produrre gli stessi effetti dell'altro (ved. il tomo I, n. 457): or il rilascio costituisce il possesso de' legatari; e, quando venne giudizialmente attribuito, ovvero, il che equivale allo stesso, quando venne volontariamente consentito, gli stessi legatari a titolo universale trovansi impossessati tanto regolarmente e tanto efficacemente quanto gli eredi legittimi. Ciò precisamente spiega per qual ragione non possono venir convenuti in giudizio prima, mentre possono per contrario esserlo dopo: l'andare tal differenza, ben lungi dal costituire una contraddizione nel nostro sistema, ne forma per l'opposto una conseguenza sommanente logica; e quando obbiottasi il rilascio de' legatari, estraneo a' legatari, non dover poter alterare i diritti che il possesso degli eredi avesse loro irrevocabilmente conferiti, risponderemo il rilascio medesimo seguire in forza della legge la quale impartisce la sua sanzione alla volontà dell'uomo, e la quale attribuisce essi medesima supremamente quello effetto alle disposizioni di lui: dunque è risolvere la questione per la questione il sostenere il possesso avere irrevocabilmente conferito a' creditori il diritto di agire contro gli eredi, senza aver riguardo al concorso de' legatari a titolo universale; avvegnache noi sosteniamo per l'opposto dal ravvicinamento degli art. 724, 1009, 1012 e 1220 emergere gli eredi esser tenuti al pagamento de' debiti della eredità, rimanendo impossessati ed in proporzione dei diritti ereditari di cui conservano il possesso.

E tesi generalmente ammessa non ostante alcune discrepanze, il legatario universale, quando abbia il possesso, esser tenuto al pagamento de' debiti *ultra vires*, e conseguentemente andar solo sottoposto al diritto di agire de' creditori, senza che l'eredità, il quale non consegua alcuna porzione dell'attivo ereditario, possa venire convenuto in giudizio pel pagamento del passivo (art. 1006—932: or è un esagerare smisuratamente, o piuttosto è compiutamente snaturato l'obbligo della dimanda di rilascio, cui van sottoposti i legatari a titolo universale, e lo stesso legatario universale, quando trovisi in concorso con un erede riservatario (art. 1001, 1011—949 965) il farne discendere il profondo mutamento nel carattere e negli effetti del loro titolo! per contrario i lavori preparatori del

Codice dimostrano concordemente alla ragione ed a' principii la necessità di tal domanda di rilascio essersi stabilita per una specie di deferenza verso l'erede del sangue, ad obbietto di somministrargli il mezzo di deciferare il titolo del legatario ed impedire preventivamente ogni attentato a' beni della eredità; ma non si ebbe mai lo intendimento di snaturare il carattere o gli effetti del legato, nè segretamente far volgere in detrimento dell'erede un provvedimento di deferenza e di precauzione unicamente introdotto nel suo interesse! (Confr. il tomo I, n. 139; Locré, legist. civ., t. X, p. 254, e t. XI, p. 247, 253, 345, 404; e Nica Gaillard, articolo della *Revista crit. di giurispr.* 1852, p. 359-361.)

Nulla abbiain detto intorno agli art. 967 e 1002 — 892 e 928, da quali i propugnatori della opposta opinione han pure argomentato, sostenendo dimostrare essi il legislatore aver eliminato l'idea romana dell'erede istituito, successore nella persona, per seguir l'idea consuetudinaria del legatario, semplice successore ne' beni; avvegnachè il vero si è il codice, ne' predetti art. 967 e 1002, non aver fatto prevalere l'idea romana nè l'idea consuetudinaria: lo scopo di quegli articoli si è unicamente il rimuovere la quistion di vocaboli, e statuire non attenersi più in avvenire, per determinare gli effetti di una disposizione testamentaria, alla denominazione dotale; ma tutte le disposizioni, sia qualunque la loro denominazione, doversi considerare come legati universali, a titolo universale o a titolo particolare, e produrre i loro effetti in conformità delle regole appresso stabilite.

Or precisamente le regole appresso stabilite rinvengonsi negli art. 1009 e 1012, da cui prendemmo cominciamento, e cui quindi abbiain fatto ritorno; dappoichè costituiscono di fatti oggi l'essenzial fondamento della subbietta materia.

Tali sono intorno a cotesta rilevante tesi gli stessi testi del nostro codice.

Affermeremo noi forse nulla lasciare essi a desiderare e non aver potuti essere più espliciti? indubitabilmente no: anzi ci pare ancora portare impresse le vestigia delle antiche tradizioni, e la novella dottrina fermata andarsi incontro ad obiezioni ed ostacoli; ma opineremo sempre siffatta dottrina appunto avere essi sancita.

2. Altronde manifestammo già il sentimento, e persistiamo a divisare cotesta dottrina essere più saggia di quella seguitata dal no-

stro antico diritto, molto più filosofica e razionale.

Aubry e Rau affermarono « il patrimonio di un individuo essere la stessa personalità di questo individuo considerato ne' suoi rapporti con gli oggetti del mondo esterno su cui ha diritti da sperimentare » (sopra Zachariae, t. V, p. 8) :

Or, affermeremo noi alla nostra volta, i legatarii a titolo universale succedono in una porzione del patrimonio del defunto ;

Dunque succedono, se lice esprimersi così in una porzione della personalità sua.

No! rispondono i nostri dotti colleghi: egli no, a dir vero, sono meri successori particolari; dappoichè non continuano la persona giuridica del defunto (*Loc. supr. cit.*)

Ma dunque, a dir vero, per qual ragione ?

E, da un lato, se filosoficamente il patrimonio di un individuo è la rappresentazione della sua giuridica personalità, se, d'altro lato, i legatarii a titolo universale succedono ad una frazione del patrimonio medesimo, per qual motivo non succedono ad una frazione della sua giuridica personalità ?

Qualunque distinzione pretendasi fare fuori di cotesto sillogismo non è forse arbitraria.

Che mai monta che gli uni succedano in cotesto patrimonio in forza della volontà della legge, e gli altri vi succedano in forza della volontà dell'uomo, autorizzata e sancita dalla volontà della legge ?

Ervi dunque, sotto il punto di veduta filosofica, un necessario motivo di differenza ?

La intera storia è là primamente per rispondere : di fatti forse l'erede istituito de' romani e delle nostre antiche provincie di diritto scritto non era un successore alla persona ? ed eziandio nelle nostre provincie consuetudinarie non era forse questo altresì lo effetto della istituzione contrattuale ? (*Ved. il tomo I, n. 80*).

Ben lungi dall'esservi, per ragione, per tesi generale, un motivo di differenza, avvisiamo per contrario le differenze più o meno considerevoli apportatevi in vari sensi, sin dalla origine ed attraverso i tempi, aver sempre ricalcitrato alla varicità del fatto, e conseguentemente essere più o meno arbitraria.

Era pur questo il sentimento di Gny-Coquille intorno alla dottrina degli antichi dottori, i quali insegnavano il legatario universale non esser tenuto del pagamento de' debiti; dappoichè i beni non gli provengono ex disposizione legis;

« Ho sempre opinato, egli affermava, costesta distinzione essere sofistica. » (*Quist. e risposte su gli art. de la cons. CCXXV*).

Di fatti è mestieri in tutti i tempi volgere la mente agl'impacci che ne emersero, ed ai mezzi cui fu d'uopo ricorrere per sottrarvisi; diciamo in tutti i tempi, da quelle stipulazioni, dal Senato consulto Treballiano prima-mente rese inutili, dal Senatoconsulto Pegasiano poscia fatte risorgere e finalmente da Giustiniano abolite, sino a quelle cauzioni e garanzie, che si permette ancora oggidì all'eredità di chiedere a' legatarii, in conformità della dottrina da noi oppugnata!

Dunque per qual motivo, ripetiamolo, ricorrere a tutti cotesti ripieghi e rigiri?

E l'eredità, dopo il rilascio del legato a titolo universale, non essendo più effettivamente eredità se non per la parte e porzione della universalità rimastagli, per qual motivo non affermarlo con quella semplicità da Giustiniano proclamata eccelsa: *In legibus simplicitas magis quam difficultas placet*, che l'eredità, oltre la porzione da lui ritenuta, è relativamente alla porzione rilasciata al legatario, non rappresenta il defunto: *Nulla nec damno nec commodum apud haereditem remanente*! (*Inst.*, § 7 *De fideicom. haeredit.*; *Gaio, Comment.*, 11, § 247, 259).

3. Finalmente è forse uopo dimostrare, sotto il punto di veduta della pratica utilità, la dottrina da noi suggerita doversi parimente preferire? E collocarsi fuori la realtà dei fatti il supporre gli eredi sempre noti ed i legatarii sempre ignoti! Il vero sì è che gli uni e gli altri si presentano nel tempo stesso, nel momento dell'apertura della successione, e che di fatti la eredità, sin da quel momento, si divide fra gli uni e gli altri: può accadere eccezionalmente che il legatario a titolo universale induge più o meno ad esibire il suo titolo; ma forse simile indugio non può accadere altresì circa lo stesso legatario universale, qualora trovisi nel possesso de' beni? e dal potere allora l'eredità esser convenuto in giudizio dai creditori, sino a quando il legatario universale rimanesse ignoto, indubitabilmente non dovrassi inferire poter essere ancora convenuto in giudizio dopo presentatosi l'eredità medesimo. Or avviene lo stesso del legatario a titolo universale. In fatto la nostra dottrina non dà luogo adunque agl'inconvenienti appostili, dovchè gl'inconvenienti dell'avversa dottrina tornano palesi ed inevitabili! In vero essa non dà luogo forse a cir-

cuiti di azioni e repressi sempre increscevoli in una ben composta legislazione? Non astru-ge forse gli eredi a dimandare garanzie a' legatarii per premunirsi contro gli eventi della loro insolubilità? Se debiti dapprima ignoti discopronsi dopo il rilascio de' legati, non possono forse addiventare allora irrimediabilmente vittime, di costesta insolubilità? — Ma, ci si oppone, è uopo provvedere altresì allo interesse dei creditori ereditarii! — Rispon-diamo avere i creditori, avverso i legatarii a titolo universale, gli stessi mezzi di garanzia che avverso gli eredi, ed il legislatore aver dovuto considerare le garanzie medesime, sufficienti contro gli uni, essere sufficienti del pari contro gli altri.

E ciò non è tutto: Se si ammetta gli eredi, dopo il rilascio de' legati, poter essere convenuti in giudizio da' creditori pel pagamento della quota da contribuirsi da' legatarii nel passivo, è forza ammettere potere essi medesimi agire in giudizio avverso i debitori per la riscossione della porzione spettante a' legatarii nell'attivo: or, a dir vero, si presuppone similgiante azione istituita, dopo il rilascio del legato, dall'eredità avverso un debitore!

Adunque nostra conclusione si è i legatarii a titolo universale essere, dopo il rilascio volontariamente consentito o giudizialmente ordinato, veri successori alla persona, sottoposti, come gli eredi, a' debiti e pesi ereditarii per la loro parte e porzione, e conseguentemente gli eredi non poter essere convenuti in giudizio per la quota de' debiti loro spettante (*Confr. arresto C. cass. 43 ag. 4851, Toussaint, Dev.*, 4851, 1, 653; *decis. C. di Tolosa 19 giugno 1852, stesse parti, G. del F.*, 1852, 1, 484; *Merlin, Rep.*, v. *Legatario* § 7, n. 47; *Toullier, t. II*, n. 547 e seg.; *Grenier e Bayle-Mouillard, t. I*, n. 344 345; *Chabot, art. 873, n. 29; Belost-Jolimont, sopra Chabot, osserv. 4; Malpel, n. 292; Vazeille, art. 871, n. 6; Nicias Gaillard, Ric. crit. di giurisprud.*, 1852, p. 344 e seg.)

4297. — La dottrina da noi esposta, relativamente ai legatarii a titolo universale, torna parimente, per gli stessi motivi, applicabile a' donatarii di beni futuri per contratto di matrimonio: noi già più volte additammo cotesta identità di principii fra gli uni e gli altri (*art. 1082, 1084, 1093 — 4038, 4040 1048, confr. il tomo I, numero 80 bis, ed il tomo II, num. 415, Demante, t. III, n. 205 bis.*, II).

1298. — Ad evidenza è mestieri altresì ap-

plicare la stessa dottrina a' successori irregolari; e tanto preventivamente dimostramo testè esponendo quali sieno i diritti e le obbligazioni de' successori irregolari, sia prima; sia dopo la loro immissione in possesso (*ved.* il tomo I, n. 452 e seg.

1299. — III. La terza ipotesi da noi contemplata (*supra*, n. 13) è quella in cui il defunto, non avendo eredi legittimi, abbia lasciato, sia successori irregolari in concorso con legatarii o con donatarii a titolo universale, sia successori irregolari soltanto, sia soltanto legatarii o donatarii universali o a titolo universale.

Ma, al punto in cui siamo arrivati, cotesta ipotesi trovasi già di per sè risolta pel fin qui esposto.

Ciascuno de' successori irregolari o legatarii o donatarii a titolo universale è tenuto però al pagamento de' debiti ereditarii proporzionalmente alla parte da lui conseguita nella eredità.

E ciascun di essi altresì può esser convenuto in giudizio dai creditori per la parte medesima dopo aver ottenuto la immissione in possesso o il rilascio (art. 1009, 1012, 1082, 1084 — 935, 966, 1038, 1040).

Ma, sino a quando la immissione o il rilascio non siasi almeno dimandato, i creditori ereditarii non potrebbero esercitare procedimenti avverso di essi, e dovrebbero far destinare un curatore alla eredità giacente (art. 811 — 730; *ved.* il tomo II, numero 408-414).

1300. Nel caso in cui siavi un legatario o donatario universale, senza eredi riservatari, siccome trovasi investiti de' beni di pieno diritto, senza esser tenuto di dimandare il rilascio (art. 1006 — 932), così i creditori possono agire contro di lui a computare dal giorno dell'apertura della successione (*ved.* nondimeno eziandio il tom. II, n. 410).

Ci sembra parimente indubitato esser tenuto al pagamento de' debiti *ultra vires*, se non abbia accettato la eredità col beneficio dello inventario (*supra*, n. 38).

1301. — Da' testè recati sviluppiamenti conseguita l'antica distinzione fra il contributo ed il diritto di agire, rappresentante sì notevole parte nella subbietta materia (*supra*, n. 14), per contrario oggidì non assumere più veruna importanza.

Nulladimeno non può forse avvenire ancora, eziandio vigente il novello diritto, tornare applicabile siffatta distinzione ?

La quistione da noi mossa può agitarsi in due casi:

1. In caso di riverzione successoria, val dire quando talune persone vengono chiamato a succedere in cose particolari e determinate (art. 351, 352, 747, 766 — 275, 276, 670, 684);

2. In caso di un legato a titolo universale avente per obbietto tutti gli immobili o tutti i mobili, o una determinata quota di tutti gl'immobili o di tutti i mobili (art. 1010 — 964).

È manifesto che, in questi due casi, la porzione de' debiti di cui i successori medesimi son tenuti non può conoscersi immediatamente: di fatti son tenuti de' debiti proporzionalmente al valore de' beni da essi raccolti, raffrontato al valore totale de' beni lasciati dal defunto: dunque è necessario procedere ad una comparativa valutazione degli uni e degli altri, e ad una stima per determinare la parte che dovranno sopportare ne' debiti medesimi.

Ebbene trattasi forse conoscere qual sia, tanto prima quanto dopo le operazioni medesime, il diritto de' creditori ereditarii ?

Procederà è tal quistione, e le opinioni sono di fatti sommamente divergenti.

Ci faremo dapprima a ragionare intorno alla riverzione successoria.

Parecchie soluzioni possono suggerirsi :

A. — Potrebbe si sostenere coteste specie di successori non poter essere personalmente convenuti in giudizio da' creditori, nè prima nè dopo l'operazione che abbia determinato tra essi e gli altri eredi la loro quota contributiva ne' debiti: di fatti non sono, si è affermato, successori universali, ma successori particolari, *in re singulares*; e però soltanto mercè distrazione, nel momento del rilascio tra essi e gli eredi, debbe seguire il determinazione della loro quota contributiva. Laonde l'art. 354, il solo fra gli articoli riguardanti la riverzione successoria, che tratti cotesta quistione de' debiti, si limita a dichiarare tali specie di successori dovervi contribuire (*confr.* Toullier, t. II, n. 554; Belost Jolimont sopra Chabot, art. 747, osserv. 40).

B. — Taluni professano altra opinione, cioè che i creditori non possono agire in giudizio avverso tali specie di successori sino a quando il determinazione della loro quota contributiva ne' debiti non abbia avuto luogo; ma che, seguito il determinazione medesimo, non avviene più lo stesso. allora, a cre-

dere di alcuni, i creditori possono, ed a credere degli altri, i creditori debbono agire avverso i medesimi direttamente per la loro parte e porzione contributiva (confr. Delvincourt, t. II, p. 48, nota 4; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 554, nota a; Zachariae, Aubrey e Rau, t. V. p. 397-398; Ducaurroy Bonnier e Rostaing, t. II, n. 752.)

C. — Da ultimo, in conformità di una terza opinione, la quale ci parrebbe doversi preferire, vi sarebbe luogo a far qui l'antica distinzione fra il contributo ed il diritto di agire, val dire che, prima del determinazione delle quote da contribuire, i creditori potrebbero agire avverso cotesto specie di successori per la loro parte virile, e che dopo il determinamento potrebbero convenirli in giudizio per la loro quota contributiva.

A ragion d'esempio, suppongasì esservi un avolo donante, un padre ed un fratello.

L'avo, prima del determinamento, potrebbe esser convenuto in giudizio per un terzo de' debiti; e, rispetto a' due altri terzi, ciascuno degli altri eredi ne sarebbe tenuto però in ragione della sua porzione ereditaria; dappoiché la presenza dell' ascendente donante modifica, per quanto li riguarda, il modo onde son tenuti de' debiti; e quindi, nell'adotto esempio, il fratello potrebbe essere astretto in giudizio po'tre quarti de' due altri terzi; ed il padre pel quarto.

Ma, dopo il determinamento, l'avo potrebbe venire astretto soltanto per la sua quota contributiva, come troverebbesi determinata:

1. L'autorità del nostro antico diritto somministra qui un argomento tanto più grave in quanto che la posizione sorta in tali ipotesi oggidì eccezionali (art. 732 — 655) è perfettamente simile alla posizione normale di un tempo, quando distingueransi, nella stessa eredità, gli eredi ne' mobili ed acquisti dagli eredi ne' beni proprii di ciascuna linea: i nostri maggiori avevano considerato riescire impossibile il sospendere il diritto competente a' creditori, di dimandare senza indugio il loro pagamento, sospendendolo sino al risultamento di una liquidazione e di un determinamento che potevano tornare lunghissimi; e per tal motivo avevano loro conferito il diritto, sino a quando la liquidazione ed il determinamento medesimo non avessero avuto luogo, di agire avverso gli eredi per porzioni virili; dappoiché la porzione da contribuirsi

da ciascuno di essi non era ancor nota e non poteva esserlo.

Or tali motivi hanno tuttodì lo stesso vigore; e, senza voler pretendere, come taluni han preteso, il novello legislatore, con l'art. 873 — 794, avere inteso applicare l'antica regola a siffatte ipotesi (supra, n. 21), almeno possiamo desumere dal suo silenzio averle tacitamente lasciate sotto il suo impero.

2. Obbiettasi l' ascendente donante e gli altri, chiamati ad esercitare la revisione successoria, non succedere ad alcuna porzione della universalità giuridica del patrimonio: essere egli successori particolari, in re singolari; e quindi non potere venire astretti in giudizio personalmente da' creditori ereditarii.

Ma se tale obiezione fosse ben fondata, ne sorgerebbe la conseguenza neppure dover essere tenuti a contribuire a' debiti; avreggchè il successore particolare va immune dall'obbligo di contribuire del pari che dal procedimento (art. 874 — 792): or per contrario il legislatore diebiara l' adottante e gli altri esser tenuti di contribuire a' debiti (art. 354); dunque statuisce, per la disposizione stessa, che i beni in cui succedono van considerati non come oggetti singolari, ma come una universalità giuridica dipendente dalla universalità ereditaria; e che conseguentemente essi medesimi sono successori a titolo universale: or, se sono successori a titolo universale, sono di necessità pure tenuti personalmente, verso i creditori, a pagare la loro quota contributiva ne' debiti (ved. il tomo II, n. 420).

E quindi, sino a che tal quota sia ignota, sembra giuridico aversi da' creditori il diritto di convenirli in giudizio in ragion della porzione virile.

3. Non negheremo nondimeno cotesta soluzione poter sembrare, in alcuni casi, infinitamente dura.

Come! dirassi, ecco, per esempio, un ascendente il quale succede in una cosa da lui donata al proprio figliuolo, in una cosa di poca importanza relativamente alla massa totale, attiva e passiva, della eredità, e vorrebbsi che fosse tenuto, almeno provvisoriamente, a pagare a' creditori la sua porzione virile ne' debiti! a pagare forse 50 ovvero 100,000 franchi per un oggetto di un valore di 10,000; val dire a pagare, e chi sa? cinque o sei volte più di ciò che dovrà in ult-

ma analisi! Ed è ciò forse ammissibile?

Tale obbiezione è di fatti, a creder nostro, sommamente grave; e non pertanto opineremmo doversi persistere in quel divisamento. Spetta all'ascedente donante o agli altri successori simiglianti il preservarsi da questo pericolo, promovendo senza indugio la liquidazione in contraddizione con gli altri successori: se venissero astretti in giudizio immediatamente da' creditori ereditari per la loro porzione virile, senza avere avuto il tempo di promuovere e meco a compimento siffatta liquidazione, potrebbero dimandare una dilazione; o noi stessi avvisiamo che il magistrato dovrebbe agevolmente loro accordarla, se altronde il permettersero le circostanze del fatto, se non vi fosse stata negligenza da parte loro, e se il risultato della liquidazione non dovesse indugiare a conoscersi (art. 1244—1497). Siffatti temperamenti ci parrebbero di natura tale da conciliare il diritto de' ereditari con l'interesse che merita eziandio la posizione di queste specie di successori.

Taluni giuriconsulti suggerirono all'uso distinzioni fra vari successori cui il nostro Codice ha conferito il diritto di riverzione successoria; fra l'adottante ed i suoi figliuoli e l'ascedente donante, ed i fratelli e sorelle legittimi del figliuolo naturale; considerando l'ascedente come un erede e gli altri soltanto come successori irregolari (Coin-Delisle, *Riv. crit. de giurispr.*, 1857, p. 226 e seg. Ducaurroy, Bonnier e Roustain, *loc. supra*, cit.)

Ma tal distinzione, la quale può essere ben fondata in certa guisa (ved. il t. I, n. 139), non ci parrebbe qui di grave importanza: tutto ciò che ne discende, rispetto alla nostra questione de' debiti, si è che gli uni, avendo il possesso legale, potranno esser convenuti in giudizio a *die mortis*; mentre gli altri potranno esserlo sol dopo avere conseguito la inmissione in possesso; ma, a prescindere da cotesta differenza, i ereditari avran sempre, a creder nostro, avversio gli uni e gli altri, lo stesso diritto di agire (confr. Duranton, t. VI, n. 209, 211 e 212; Bugnet sopra Pothier, t. VIII, p. 412; Chabot, art. 873, n. 29; Demante, t. II, n. 209 bis, III; Mourlon, il quale invoca in tal senso Valette, *Ripet. serv.*, t. II, p. 181).

1302.—La stessa soluzione ci sembra applicabile a' legatarii a titolo universale di tutti gl' immobili o di tutti i mobili, o di una de-

terminata quantità degl' immobili o de' mobili.

Val dire possono essere, a parer nostro, convenuti in giudizio da' ereditari per le loro porzioni virili, sino a quando, mercè la liquidazione, non venga determinato lo importare della quota da contribuirsi da loro.

E possonsi, oltre i motivi da noi addotti (*supra*, n. 43), invocare qui specialmente gli assoluti termini degli art. 1009 e 1012—935 o 966, i quali non fanno alcuna distinzione tra le varie specie di legati a titolo universale.

Dunque non opineremmo, con Duranton, (t. IX, n. 213-214), poter gli eredi in questo caso essere astretti in giudizio per la totalità, salvo il loro regresso contro i legatarii.

E neppure ammettiamo, con Vazeille (art. 1012, n. 5) e Troplong delle *Donaz. e de' test.*, t. IV, n. 4859, esser mestieri imporre a' ereditari l'obbligo di dimandare la stima de' beni o la proporzionale valutazione indispensabili per determinazione della porzione da contribuirsi da' legatarii.

Agli stessi legatarii, a creder nostro, compete il dimandare siffatte operazioni ad obbietto di non essere convenuti in giudizio ed astretti a pagare per la lor quota virile, come si appartiene a' ereditari il diritto di convenirli in giudizio ed asstringerli fino a quando non facciamo determinare la quota da doversi contribuire da loro.

1303. — Abbiamo sempre supposto, nei testè seguiti sviluppiamenti, legatarii a titolo universale della proprietà.

Rispetto a' legatarii di usufrutto, preciamiento nello stesso titolo dell' *Usufrutto, dell'Uso e dell'Abitazione* il legislatore fermò il modo onde possono soggiacere al pagamento de' debiti ereditari (art. 610, 611, 612—535, 536, 537).

Dunque dobbiam pure rimetterci alla tesi da noi già svolta intorno al *determinamento da seguire fra il proprietario e l'usufruttuario pel pagamento de' debiti ed altri pesi che possano gravitare su' beni sottoposti al diritto di usufrutto nel momento in cui si apre* (ved. il nostro *Trattato della distinzione dei beni, della Proprietà, dell'Usufrutto*, ec., t. II, n. 519 e seg.).

Laonde tutti i legatarii di usufrutto, anche quando il loro diritto abbia per obbietto una quota-parte della universalità ovvero la intera universalità, son sempre legatarii particolari, i quali possono soggiacere al pagamento

de' debiti e pesi ereditarij in forza della massima: *Bona non sunt nisi deducto aere alieno*.

Dunque il vero si è che oggino non sono menomamente tenuti personalmente a pagare tali debiti; e quindi comprendesi la ragione di non averne il legislatore parlato specialmente nella sezione destinata al pagamento de' debiti ereditarij, nella quale limitossi a dichiarare, per tutti i legatarij particolari indistintamente, non esser tenuti al pagamento de' debiti e pesi della eredità (art. 871 — 792).

4304. Dal fondamentale principio da noi testè fermato, relativamente all'obbligo personale degli eredi o altri successori universali verso i creditori della eredità, conseguita i debiti del defunto dividersi e frazionarsi in tanti debiti separati quanti sono gli eredi o successori universali, proporzionalmente però alla quota ereditaria di ciascuno di essi.

E di fatti cotesti varii debiti sono in avvenire distinti ed indipendenti gli uni dagli altri.

Di qui discendono innumeri conseguenze, e fra le altre le seguenti:

1. Ciascuno degli eredi o successori universali può liberarsi pagando la sua quota;

2. Ciascun di essi può esser convenuto in giudizio e quindi condannato, per la sola sua quota; talchè, quando più successori universali vengano condannati congiuntamente in questa qualità, ciascun di essi può considerarsi condannato soltanto in proporzione della sua quota ereditaria (confr. decis. C. di Colmar 23 nov. 1810, Sirey, 1811, II, 77);

3. La interpellazione fatta ad uno degli eredi o successori universali non interrompe la prescrizione riguardo agli altri eredi o successori (art. 2249 — 2153);

4. La insolvibilità di uno o più di essi ricade non già su gli altri, ma sul creditore (supra, n. 22);

5. I debiti, al cui pagamento uno degli eredi o successori universali potesse soggiacere verso la eredità, del pari che i crediti che potesse vantare avverso la medesima, si estinguono per confusione unicamente sino alla concorrenza della sua quota ereditaria (art. 1300 — 4251).

4305. — F. cotesto principio della divisione de' debiti non fermasi agli eredi o altri successori universali immediati del o stesso defunto: la sua azione estendesi e prolungasi indefinitamente sino agli eredi o successori

universali di questi eredi o di questi successori medesimi.

Dunque quando uno degli eredi o altri successori universali trapassino, i suoi eredi o successori universali non sono tenuti solidamente della sua porzione ereditaria nei debiti della eredità spettatagli.

Tutto l'opposto! questa porzione di debiti, la quale era in avvenire un debito a lui personale, si divide e frazione al pari di tutti gli altri suoi debiti personali, fra proprii eredi e successori, proporzionalmente alla quota per cui ciascuno di essi vien chiamato alla sua eredità (art. 724, 870, 871, 1009, 1012, 1220 — 645, 791, 792, 935, 966, 1173. confr. Lebrun, lib. IV, cap. II, sez. I, n. 10; Chabot, art. 873, n. 24.).

4306. — Nondimeno il principio della divisione de' debiti comporta determinate eccezioni.

Ma non è questo il luogo di ragionare; e noi parleremo intorno a cotesto subbietto nel luogo assegnatogli dal nostro Codice. nel titolo de *Contratti o delle obbligazioni convenzionali in generale* lib. III, tit. III, cap. IV, sez. V, art. 1217 — 1225; ved. pure supra, n. 6.

4307. — Essendo gli eredi o altri successori universali personalmente tenuti al pagamento de' debiti, pel motivo che rappresentano la persona del defunto, torna semplicissimo che i creditori possano esercitare contro di essi gli stessi modi di procedimento che avrebbero potuto esercitare avverso il medesimo defunto.

E di fatti i creditori possono agire contro di essi, secondo i casi, come avrebbero potuto agire avverso lo stesso defunto:

A. — Sia mercè di esecuzione;

B. — Sia mercè dimanda.

È questa la regola.

Ma la regola medesima comporta taluni temperamenti ed eziandio talune restrizioni, che è necessario spiegare.

4308. — A. Affermiamo primamente i creditori del defunto poter agire contro gli eredi mercè di esecuzione.

All'uopo l'art. 877 — 797 statuisce nella seguente guisa:

« I titoli esecutivi contro il defunto sono e parimente esecutivi contro la persona dell'erede; non potranno cioè nondimeno i creditori procedere alla esecuzione se non otto e giorni dopo aver fatta l'intimazione di questi titoli alla persona o al domicilio dell'erede. »

Tal disposizione sembra essere una conseguenza affatto naturale del principio l'erede continuare la persona del defunto; dal che sembra di fatti naturalmente emergere i titoli, esecutivi avverso il defunto, dover essere esecutivi avverso ciascuno degli eredi per la quota in proporzione della quale continua la persona del defunto.

E non pertanto il nostro antico diritto consuetudinario aveva ammesso una regola affatto opposta.

« E, insegnava Pothier, massima del diritto francese sancita dalla nostra consuetudine (art. 433) ogni esecuzione cessare per la morte dell'obligato. La consuetudine di Parigi (art. 468) contiene la stessa disposizione. » (*Delle Successi.*, cap. V, art. 4).

E ben vero siffatta massima non venire osservata nel perimetro giurisdizionale di alcune provincie, come quelle, per esempio, di Normandia (art. 129 de' Usi del 1666), di Provenza e di Borgogna (ved. Merlin, Rep., v. *Esecuzione parata*, § 2); ed eziandio con l'Ordinanza di Villers-Cotteret, emessa da Francesco I in agosto 1539, erasi statuito da un lato che gli atti stipulati col regio suggello fossero esecutivi in tutto il reame contro gli eredi del pari che contro lo stesso debitore; e d'altro lato che gli atti stipulati con altri suggelli autentici fossero « pure esecutivi contro gli obligati o i loro eredi...; purchè al tempo della obbligazione dimorassero entro il distretto e giurisdizione in cui i suggelli medesimi fossero autentici. » (Art. 65 e 66.)

Pothier insegna coteste disposizioni dell'Ordinanza del 1539 essersi abrogate dalla Dichiarazione del 4 marzo 1749, emessa da Enrico II diotto le rimozioni de' Parlamenti; ma tale affermazione potrebbe sembrare alquanto dubbia pel ravvicinamento di questi due atti legislativi: chechè ne sia, lo indubitato si è che le disposizioni della Ordinanza del 1539 non venivano osservate in pratica ne' paesi consuetudinarii.

« E uopo distinguere, insegnava pure Pothier nel suo *Trattato della Procedura civile*, l'obbligazione del diritto passivo di esecuzione che ne costituisce l'accessorio: l'obbligazione del defunto passa all'erede suo... ma il diritto di esecuzione passiva non si passa: cotesto diritto è personale alla persona condannata o obbligata: è questa la ragione per cui il creditore potrà agire per via di azione contro l'erede del suo debitore: anzi potrà

sequestrare gli effetti della eredità del suo debitore; ma non potrà procedere per via di esecuzione contro l'erede del suo debitore, eccetto quante volte l'erede medesimo siasi obbligato al debito con atto avanti notaio o abbiasi ottenuto avverso di lui una sentenza di condanna. » (*Part.* IV, cap. II, § 5.)

Non pertanto giova riflettere che il diritto di eseguire non cessava per contrario per la morte del creditore, e che l'erede o altro successore del creditore poteva procedere, per via di esecuzione, avverso il debitore, come il creditore stesso, a pro di cui l'obbligazione erasi contratta o la sentenza emessa, avrebbe potuto.

E di qui surge l'adagio del nostro antico diritto consuetudinario *il morto esegue contro il vivo: ma il vivo non esegue contro il morto* (confr. Loysel, *Inst. consuetud.*, lib. VI, tit. v, seg. II, n. 89; ediz. Dupin e Laboulaye; art. 433 della Cons. di Orleans; Pothier, loc. *Supra cit.*)

4309. — Intorno a tal subbietto eran queste le tradizioni.

Il progetto della Commissione del governo dell'anno VIII aveva dapprima ritenute; e l'art. 194 dichiarava:

« In nessun caso i creditori potranno fare procedimenti contro l'erede personalmente prima di aver fatto dichiarare esecutivi contro di lui i titoli che avessero contro il defunto. » (Fenet, t. II, n. 455.)

Cotesto articolo venne anzi adottato eziandio dal consiglio di Stato; ma per l'opposto il Tribunale l'oppugnò nella seguente guisa:

Gli eredi rappresentano la persona del loro autore; i titoli, esecutivi a suo pro, lo sono a pro di essi avverso i debitori della eredità. Per qual ragione non sottoporli parimente allo effetto de' titoli esecutivi contro il defunto? la necessità in cui si trovassero i creditori della eredità di ottenere sentenza avverso gli eredi cagionerebbe semplicemente spese e moltiplicherebbe giudizi che il Codice dee antivenire. » (Lochè, *Legisl. civ.*, t. X, p. 140 e 168.)

Tali osservazioni erano prevalenti; ed eravi luogo tanto meno a conservare l'antico sistema consuetudinario in quanto che non avrebbe offerto, sotto l'impero del novello diritto, a' creditori della eredità il vantaggio che poteva offerir loro un tempo in compensamento dello inconveniente che ne emergeva per essi: se di fatti un tempo i creditori andavano esposti agl'indugii ed alle cavillazioni

che potessero emergere dalla necessità in cui trovavansi di ottenere dagli eredi un novello titolo per atto notarile o sentenza di condanna a verso di essi, almeno l'atto notarile o la sentenza attribuiva loro una ipoteca su' beni dello stesso erede; mentre oggidì non andando l'ipoteca più annodata alla forza esecutiva degli atti autentici; i beni dell'eredità non verrebbero colpiti da ipoteca per l'unica circostanza avere egli sottoscritto un novello titolo notarile; e sarebbero potuto altresì porre in dubbio se la ipoteca avesse potuto emergere da sentenza la quale, senza emettere veruna condanna, si fosse limitata a rendere esecutivi contro l'eredità i titoli esecutivi contro il defunto.

È ben vero l'ordine o il mandato di esecuzione, nel titolo patato, rivolgersi contro il debitore stesso personalmente; ma che monta? poichè i suoi successori universali lo rappresentano di fatti personalmente! (Confr. arto C. cass. 9 genn. 1860, Sanson, G. del F. 1860, p. 222).

Eravi altra obbiezione che avrebbersi potuto fare, cioè che l'eredità, ad onta di tutte le finzioni legali, poteva ignorare in fatto la esistenza de' debiti del pari che de' titoli esecutivi contro di lui; e che non era nulladimeno possibile lo ammettere che il creditore potesse agire inopinatamente contro di lui mercè patata esecuzione.

Ciò era effettivamente impossibile per ragione e per equità.

Laonde, mentre si statuiva che i titoli esecutivi contro il defunto sarebbero esecutivi contro l'eredità, si è statuito i creditori potere agire per la esecuzione otto giorni dopo la notificazione de' titoli medesimi alla persona o nel domicilio dell'eredità.

E la disposizione così emendata concilia, nel modo più soddisfacente, i veri principii, sia col diritto de' creditori, sia co' giusti riguardi dovuti in simil caso agli eredi.

1340. — L'art. 877 — 797 è imperativo; ed è forza inferirne che non solo i creditori possono, ma ancora che debbono agire per via di esecuzione contro gli eredi, quando sieno muniti di titoli esecutivi sotto la condizione soltanto determinata da questo articolo; val dire che non possono agire contro di essi per via di azione ordinaria (confr. decis. C. di Montpellier 12 genn. 1832, Julien, D., 4832, II, 147; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 493; Massé e Vergé, t. II, p. 328; Coulon, *Quist. di dir.*, t. II, p. 345).

1311. — La legge richiede una notificazione de' titoli alla persona o nel domicilio; ovvero, in altri termini, una notificazione la quale regolarmente debbesi fare per mezzo di usciere.

Tal notificazione è forse di rigore? ovvero può surrogarsi mercè di equipollente?

La Corte di Angers statui la notificazione potersi supplire dalla cognizione che l'eredità avesse avuta del titolo in diversa guisa (Decis. 21 marzo 1834, Prodhomme, Dev., 1834, II, 230).

Mentre per contrario, a norma di una decisione della Corte di Parigi, la cognizione che l'eredità avesse avuto di un titolo esecutivo non può far le veci della notificazione del titolo medesimo (Decis. 3. sett. 1829, Balade, D., 1830, II, 289).

Questa ultima dottrina ci parrebbe, per massima, la più giuridica ed inconcussa; e, per esempio, somma pagata in conto dall'eredità al creditore, le quali dimostrerebbero l'eredità aver conosciuto la esistenza del debito, potrebbero non provare aver conosciuto la esistenza del titolo esecutivo (arg. dall'art. 1071 C. Nap. — 1027, e dall'art. 175 C. com. — 474; confr. Belosi, *l'olimpion* sopra Chabot, art. 877, osserv. 2; Fouet de Confians, art. 877, n. 4; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 494, Massé e Vergé, t. II, p. 329).

E nondimeno non potrebbesi estendere questa soluzione sivo al caso in cui l'eredità avesse riconosciuto, per atto autentico o privata scrittura, essergli fatta dal creditore la comunicazione del titolo esecutivo (arg. dall'art. 1690 — 1336; ved. pure art. 1122 — 1076).

Non torna forse manifesto, per esempio, non esser necessaria alcuna notificazione nel caso in cui i titoli vennero resi esecutivi a verso lo stesso eredità! (confr. decis. C. di Bruxelles 15 messidoro anno XIII, Kulling, Sirey, 1804, II, 8).

1312. — Gli otto giorni debbono però esser liberi; avvegnachè, a norma dell'articolo medesimo, solo otto giorni dopo la notificazione i titoli possono eseguirsi contro l'eredità (art. 1033 C. pr. — 1403; Chabot, art. 877, n. 2).

1413. — Altronde non è da distinguere i beni della eredità da' beni particolari dell'eredità.

Similmente non è da fare alcuna distinzione tra l'eredità beneficiata e l'eredità puro e semplice.

Dunque i titoli esecutivi non possono esigersi senza cotesta condizione di notificazione:

Tanto su' beni della eredità quanto su' beni particolari dell'erede;

Tanto contro l'erede beneficiario quanto contro l'erede puro e semplice.

1314. — Pel corso degli otto giorni seguenti la notificazione del titolo i creditori non possono procedere alla esecuzione (art. 877) val dire nessun atto di esecuzione o aver di fatti possibile durante il termine medesimo, eccettuato all'erede precisamente ad oggetto di porci in grado di prevenire la esecuzione.

1315. — Debbesene forse inferire che il precetto preventivo di pignoramento di mobili o immobili non potrebbe validamente fare durante il termine medesimo? (Confr. art. 583, 636, 673 C. pr. — 673, 726, 755).

Controversa è tal questione.

A norma di una opinione propugnata da molte autorità, il precetto stesso è un principio di esecuzione; or l'art. 877 dichiara positivamente che, prima di ogni esecuzione, il creditore faccia la semplice notificazione del titolo; dunque il precetto può farsi sol dopo decorso otto giorni dal dì della notificazione medesima; o se si fosse fatto prima del trascorrimento di tal termine, reputerebbesi nullo, val dire le spese del precetto rimarrebbero a carico del creditore, ed il termine non decorrerebbe.

Si è pure argomentato dalla circostanza, al tempo della compilazione dell'ultima legge sul pignoramento d'immobile del 2 giugno 1831, una disposizione racchiudente il precetto fatto agli eredi tener luogo della notificazione imposta dall'art. 877, essersi tolta via dietro le osservazioni di più Corti (confr. arresto C. cass. 31 ag. 1825, Sirey 1825, I, 357; decis. C. di Pan 3 sett. 1829, Balade, D., 1830, II, 289; di Bastia 12 feb. 1833, Calani, D., 1833, II, 440; di Bourges 11 marzo 1844, Renandon, Dev., 1845, II, 527; sentenza del trib. civ. di Orleans 17 gen. 1848, D., 1848, III, 43; Persil, Quist, ipot., t. II, p. 308; Chauveau sopra Carré, *Leggi d'ila proc.*, quist. 2200; Chabot, art. 877, n. 2; Durant, t. VII, n. 457).

Rispetto a noi, avvisiamo nondimeno cotesta dottrina non essere ben fondata.

Di fatti quale è mai lo scopo dell'art. 877, quando dispone che i creditori non potranno

procedere alla esecuzione de' loro titoli prima di averli notificati all'erede? si è unicamente lo impedire che l'erede possa venir sorpreso inaspettatamente, merè di un atto di esecuzione reale il quale colpisce i beni medesimi; or un precetto non è, segnatamente sotto questo punto di veduta, un atto di esecuzione: è desso una preventiva dimostrazione, e, noi ne conveniamo, minacciale l'us, per la circostanza stessa di dover precedere la esecuzione, l'una evidente non escludibile (confr. art. 583, 636, 673 C. pr. — 673, 726, 727).

Altronde qual mal esser può lo inconveniente derivante da cotesta soluzione? noi non ne ravvisiamo alcuno; mentre la opposta soluzione trae seco lo spinevole risultamento, senza verun grave motivo di utilità pel debitore, di sospendere il diritto del creditore o moltiplicare gli atti di procedura e le spese.

Dunque avvisiamo la notificazione del titolo all'erede potersi riunire in un solo e medesimo atto con precetto preventivo di pignoramento, ed essere sufficiente, per appagare la disposizione dell'art. 877, che nessuna effettiva esecuzione abbia luogo entro gli otto giorni susseguenti alla notificazione.

La Corte di Angers (con la decisione citata infra) giudicò che in simil caso il pignoramento d'immobili potesse aver luogo solo trentotto giorni dopo la notificazione, val dire che i termini stabiliti per la notificazione o pel precetto dovessero cumularsi; ma a noi pare che l'art. 877, per la stessa ragione di non opporsi al farsi il precetto prima del trascorrimento del termine di giorni otto, neppure si oppone al cominciare a decorrere il termine di trenta giorni dalla data del precetto e durante quelle medesime di giorni otto; ciò che è necessario e torna sufficiente si è nessuna esecuzione potere aver luogo se non dopo il decorso di siffatto termine (arg. dall'art. 474 C. com. — 473; confr. decis. C. di Grenoble 22 giugno 1826, Gallet, Sirey, 1826, II, 304; arresto C. cass. 22 marzo 1832, Conduché, D., 1832, I, 160; decis. C. di Rouen 9 apr. 1834, Molle, D., 1835, II, 27; di Angers 24 maggio 1834, Prodhomme, Dev., 1834, II, 330; di Liegi 16 aprile 1839, Toussaint, D., 1860, II, 47; Favard, *Rep.*; v. *Pignoramento d'immobili*, § 1, numero 4; Carré, *Leggi della proc.*, quist. 2203).

1316. — La tesi riferita soluzione risol-

ve di un trallo altra quistione pure agitata, cioè se la prescrizione resti sospesa durante il termine medesimo di giorni otto, in cui i creditori della eredità non possono agire per la esecuzione de' loro titoli?

Sembra tornare affatto impossibile lo ammettere rimaner sospesa la prescrizione: di fatti il nostro Codice ha determinatu le cause che potranno sospendere il corso della prescrizione; e la ipotesi preveduta dall'art. 877 non vi si rinviene menomamente (confr., art. 2254 — 2457).

Dunque è mestieri, per non incorrersi la prescrizione durante il termine medesimo, che i creditori la interrompano.

Come potranno ciò fare?

Si è risposto la notificazione de' titoli, richiesta dall'art. 877, esser sufficiente all'uopo, ad interrompere la prescrizione (confr. decis. C. di Tolosa 27 marzo 1835, Rosés, D., 1835, II, 442; di Riom 14 genn. 1843, Dau-de, D., 1843, II, 93).

Ma il nostro Codice determinò le cause della interruzione del pari che le cause della sospensione (art. 2242 — 2448): or non si ravvisa l'ipotesi preveduta dall'art. 877 nè nello prime nè nelle seconde; anzi sarebbe contrario a tutti i principii di cotesta special materia che un semplice atto stragiudiziale avesse per effetto d'interrompere la prescrizione (confr. Troplong, della Prescriz., t. II, n. 376).

Dunque è mestieri ammettere che i creditori debbono avere il diritto, ad ubbietto d'interrompere la prescrizione, di far precetto all'eredità: è questo un argomento di più in sostegno della dottrina da noi testè propugnata, ed a norma di cui il precetto non è un atto di esecuzione nel senso dell'art. 877. Quindi la Corte di Riom giudicò il precetto di pagare, fatto agli eredi, interrompere la prescrizione anche quando non fosse stato preceduto dalla notificazione del titolo (confr. arresto C. cass. 22 marzo 1832, Conduché, D., 1832, IV, 160; decis. C. di Riom 3 dic. 1844, Chabrier, Der., 1845, II, 469).

1317. — Ne è pur conseguenza che la notificazione de' titoli imposta dall'art. 877, possa farsi ag'li eredi nel corso de' termini conceduti per distendere inventario e deliberare.

Di fatti non mai un atto di esecuzione può porre a repentaglio la posizione della persona capace di succedere.

Tutto l'opposto! esso può riuscirle utile a conoscere ciò che include sapere, val dire

la importanza della eredità (ved. il t. II, n. 281).

1318. — L'art. 877 è forse applicabile soltanto agli eredi legittimi?

Ovvoro è forse necessario applicarlo parimente a' successori irregolari, del pari che a' legatarii ed a' donatarii universali o a titolo universale?

Intorno a cotesto subbietto tro opinioni son venute in campo:

A. — I sostenitori della prima rispondono l'art. 877 riguardare esclusivamente gli eredi legittimi: di fatti quello articolo è una conseguenza del principio gli eredi succedere alla persona del defunto: or gli altri succedono soltanto ne' beni: dunque l'art. 877 non è loro applicabile; dunque il titolo esecutivo contro la persona del defunto non è esecutivo avverso di essi; ed è mestieri, come nell'antico diritto consuetudinario, che i creditori ottengano, sia un titolo nuovo, sia una sentenza (confr. Mourlon, il quale invoca in tal senso Valette, Rep. scrit., t. II, p. 490; Magerat sopra Chabot, art. 877, n. 1, nota 1).

B. — A norma della seconda opinione i titoli esecutivi contro il defunto sono similmente esecutivi avverso i successori irregolari ed i legatarii o donatarii universali; circa i beni loro provenienti dal defunto, e che loro potettero pervenire sotto la condizione la quale applicavasi al possesso del defunto, val dire sotto la condizione di essere immediatamente sequestrabili: sarà però indisponibile soltanto per essi, come per gli eredi, una previa notificazione de' titoli in conformità dell'art. 877.

Ma, relativamente a' loro beni particolari rimasti distinti, il titolo esecutivo avverso il defunto non potrebbe essere esecutivo contro di essi; avvegnachè da un lato non rappresentano la sua persona, e d'altro lato i loro beni particolari non vennero mai sottoposti alla condizione d'immediata sequestrabilità (confr. Denante; t. III, n. 218 bis, III, Marcadé, art. 877).

C. — Finalmente i propugnatori della terza opinione, che non esitano a suggerire, rispetto a noi, sostengono l'art. 877 essere applicabile, sotto ogni rapporto, a' successori irregolari ed a' legatarii o donatarii universali, nella stessa guisa che agli eredi legittimi, sia circa i beni della eredità, sia circa i loro beni particolari.

E la nostra dimostrazione trovasi già fatta!

avvegnacchè abbiamo dimostrato i successori irregolari e tutti coloro i quali conseguono totalmente o parzialmente la universalità ereditaria, reputarsi essere *loco haeredum*, ed andar riguardato oggidì come rappresentanti del defunto: altronde dove mai a dir vero scorgerebbersi, nel caso particolare in disamina, la ragion della differenza? e questa medesima quistione non costituisce forse un attestato novello degli impacci e delle contraddizioni in cui cadono ad ogni passo i propugnatori della dottrina di doversi sempre ritenere nel nostro Codice l'antica distinzione fra successori alla persona ed i successori ue' beni? (supra, n. 38).

1349. — Dall'art. 877, il quale dichiara i titoli esecutivi avverso il defunto essere similmente esecutivi contro l'erede personalmente, discende forse i titoli esecutivi contro il defunto dover sortire di fatti, sempre ed indistintamente, avverso gli eredi la stessa forza di esecuzione e lo stesso vigore che avevano contro lo stesso defunto?

Tal generica quistione specialmente comprende le due seguenti quistioni, val dire:

I. Il titolo, producente arresto personale contro il defunto; trae seco forse l'arresto medesimo avverso l'erede?

II. Il titolo, producente ipoteca generale su' beni presenti e futuri del defunto, produce forse ipoteca generale su' beni presenti e futuri dell'erede?

A primo aspetto parrebbe l'affermativa essere, in ambedue le quistioni, conseguenza del principio gli eredi o altri successori universali continuare la persona del defunto.

Ma nulladimeno per contrario, in entrambe le quistioni, è forza ammettere la negativa:

I. Tale affermazione torna dapprima manifesta relativamente all'arresto personale, mezzo violento ed eccezionale di esecuzione, il quale potrebbe sostenere racchiudere un certo che di penale, e non potrebbe trasmettere avverso gli eredi mercè di semplice finzione legale, se la stessa legge, con una special disposizione, non l'abbia dichiarato trasmissibile; or le nostre leggi contengono precisamente la contraria disposizione (Confr. art. 2047—1889; legge del 17 apr. 1832, art. 2; lousse, su l'ordin. del 1667, tit. XXXIV, art. 8, nota 3; Lebrun, lib. IV, cap. II, sez. I, n. 44; Chabot, art. 873, n. 22; Duranton, t. VII, n. 439; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 494; Massé e Vergé, t. II, p. 329; Massé, *Diritto com.*, t. I, p. 412; Tro-

plong, *dell'arresto personale*, n. 204, 384 e 387).

1350. — II. Rispetto alla quistione se la sentenza ottenuta contro il defunto, e la quale conseguentemente producesse ipoteca generale su' beni suoi presenti e futuri (art. 2123—2009), produca parimente la ipoteca medesima su' beni dell'erede (puro e semplice), fu dessa subbietto di divergenze, e parecchi pretesero emergere dall'art. 877 l'ipoteca generale colpire del pari i beni presenti e futuri dell'erede (Confr. Delvincourt, t. II, p. 164; Zachariae, § 647, testo e nota 5; Dalloz, *Rac. alfab.*, v. Success., p. 445.)

Nulladimeno la opposta dottrina viene generalmente ammessa; e con ragione a parer nostro.

Non è questo il luogo di esporre una tesi che più specialmente si addice al titolo de' privilegi e delle ipoteche.

Ci basti l'osservare cotesta dottrina trovarsi sorretta dalle più costanti tradizioni, sia del diritto romano (lib. XXIX, ff. *de pignor. et hypoth.*), sia del nostro antico diritto francese, in cui erasene anzi formata una massima:

« Generale ipoteca di tutti i beni comprende i presenti e futuri, ma non già quelli degli eredi. » (Loysel, *Instit. consuet.*, lib. III, tit. VII, regola XXI, ediz. Dupin e Laboulaye; confr. Bacquet, *de Diritti di giustizia*, cap. XXI, n. 170, 174; Ricard, *delle Donaz.*, part. II, cap. I, n. 31, 32).

I varii testi del nostro Codice, ben lungi dallo avere abrogato quella massima, sembrano averlo per contrario virtualmente ritenuta (Confr. art. 2122, 2123, 2148, n. 2, 2149—2008, 2009, 2042, 2043); e relativamente all'art. 877, non potrebbe desumere un opposto argomento; dappoichè è desso relativo a' *procedimenti di esecuzione*: or la quistione se il creditore debba o pur no godere di una ipoteca generale non è di per sé una quistione di procedimento nè di esecuzione.

Altronde razionalmente l'ipoteca generale colpisce i beni presenti e futuri del debitore in ragion della unità giuridica del suo patrimonio, nella quale si personifica in certa guisa la sua individualità: or siffatta unità viene annientata dalla morte del debitore, dappoichè il suo patrimonio si confonde e sparisce nel patrimonio dell'erede: dunque la stessa unità, l'unità sola gravata della ipoteca cessa di esistere (Confr. arresto C. casa 3 dic.

4816, Sirey. 4817. I, 459; decis. C. di Caen 4 feb. 1822, de Valenciéry *G. del F.*, nuova ediz. XXIV, p. 189; Belust-Jolimont sopra Chabot, art. 877, osserv. 1; Duranton, t. VII, n. 464; Vazellie, art. 877, n. 3; Troplong, *della Ipot.*, t. II, n. 390).

4321. — B. Quando i creditori del defunto non abbiano titoli esecutivi, possono però sperimentare i loro diritti, per via di azione ordinaria, avverso gli eredi ed altri successori universali (supra, n. 49, art. 724).

Ed allora è forza osservare le condizioni e le formalità del diritto comune, da cui non evvi ragione di dipartirsi.

In conseguenza di cotesto principio la Corte di cassazione ha statuito con sommo fondamento che, quando si proceda per una condanna avverso l'erede puro e semplice, da parte del suo autore, non è necessario chiamarsi in causa a titolo di erede e che reputasi sufficiente la citazione fattagli in suo nome personale (Arresto C. cass. 9 genn. 1860, Sanson, *G. del F.*, 1860, p. 222).

4322. — Altronde ciò che riguarda le riassunzioni d'istanza trovano specialmente determinato dal Codice di procedura (art. 342 e seg. — 436).

1323. — Le sentenze ottenute da' creditori del defunto contro gli eredi o altri successori universali producono esecandio, sia relativamente a' beni della eredità, sia relativamente a' beni particolari dell'erede, tutti gli effetti loro pertinenti in conformità del diritto comune, e conseguentemente altresì l'ipoteca giudiziale (art. 2123).

Indubitatamente è uopo eccettuare il caso di accettazione della eredità col beneficio dell'inventario, nel quale da un lato i creditori del defunto non hanno per pegno i beni particolari dell'erede, e nel quale d'altro lato non possono, quando su' beni della eredità, acquistati diritti in preferenza gli uni contro gli altri (Confr. art. 803, 2146 — 719, 2040).

Ci riserbiamo pure il caso della separazione de' patrimonii, di cui esamineremo ben tosto gli effetti (*infra*, n. 98 e seg.).

Ma, tranne coteste due ipotesi, e quando trattisi di sentenza ottenuta da' creditori del defunto contro l'erede puro e semplice, ci sembra manifesto la sentenza medesima produrre ipoteca generale su tutti i beni dell'erede, e conseguentemente su' beni della eredità come su' gli altri suoi beni particolari con cui i beni della eredità trovansi in avvenire confusi.

Ma onde ci riesca malagevole il renderne ragione di un arresto della Corte di cassazione il quale parrebbe emesso in senso opposto:

« Atteso che è massima accolta in tutti i tempi ed in tutti i luoghi la morte stabilisce la sorte de' creditori e lo stato de' beni della persona trapassata, e che quindi non è in facoltà de' creditori obliografari di una eredità d'inveritarsi in creditori ipotecari... » (Arresto 40 feb. 1818, Gihoul, D., *Rac. al sub.*, v. *Ipoteca*, cap. II, sez. III, articolo I, p. 179).

In quella specie la eredità erasi accettata puramente e semplicemente dall'erede contro il quale un creditore del defunto aveva ottenuto sentenza di condanna.

Gronier plaudi la dottrina fermata con quello arresto; ed il dotto autore, nello ammettere la ipoteca giudiziale colpire i beni particolari dell'erede, pretende non colpire i beni della eredità (*delle Ipot.*, t. I, n. 428, 129).

Ma a dir vero torna a ciò manifestamente impossibile!

I beni dell'erede trovansi, debbe convenirsene, (ed è uopo apparentemente!) colpiti dalla ipoteca emorgente dalla sentenza di condanna omessa contro di lui;

Or, per effetto dell'accettazione pura e semplice, i beni della eredità son divenuti beni particolari dell'erede, e non formano più gli uni e gli altri se non un solo patrimonio: *haereditas adita jam non est haereditas; sed patrimonium haeredis* (cod. il tom. I, n. 512);

Dunque i beni formanti parte della eredità trovansi colpiti dalla ipoteca ai pari di tutti gli altri beni dell'erede.

Noi non iscorriamo vana plausibile risposta!

Obbiettasi che la morte determina lo stato de' beni e de' debiti del defunto.

È ben vero che di fatti i nostri maggiori insegnavano cotesta massima (Confr. Lebrun, lib. IV, cap. II, sez. I, n. 41; Denizart, v. *Ipot.*, n. 45, 46).

Ma al certo non la intendevano in quel modo; e non vi annodavano le esorbitanti conseguenze che qui se ne vorrebbero desumere. Ciò che egli ne inferivano soltanto si è che i semplici creditori obliografari del defunto non potessero più in avvenire acquistare ipoteche da parte del defunto, e che come creditori del defunto, di necessità dovessero rimanere ciò che erano nel momento

della morte del loro debitore; ma i nostri antichi autori non ne inferirono giammai non poter acquistare novelli diritti ed ipoteche verso l'erede, per esempio, di cui addivennero i creditori allo stesso titolo degli altri suoi eredi. Come i gli altri creditori dell'erede potrebbero acquistare ipoteche su' beni della eredità; ed i creditori della eredità non potrebbero acquistarne su' beni medesimi un tempo lor pegno! al certo ciò non è ammissibile (Confr. arresto C. cass. 9 dic. 1823, D., 4823, I, 500, arresto C. cass. 18 nov. 1833, Chalmel, D., 1833, I, 353, ed una nota di allora; Delvincourt, t. III, p. 458, nota 7; Tropiong, delle Ipot., t. II, n. 459 bis; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 353, 354).

B. Dell' azione ipotecaria

SOMMARIO

1344. — Esposizione.
 1345. — Continuazione. — Dello effetto generale delle ipoteche.
 1346. — Continuazione.
 1347. — Divisione.
 1348. — A. — I. Della posizione del legatario particolare di un immobile gravato d'ipoteca verso il creditore ipotecario.
 1349. — II. Della sua posizione verso gli eredi o altri successori universali.
 1350. — Continuazione.
 1351. — B. — I. Della posizione degli eredi ed altri successori universali rispetto al creditore ipotecario.
 1352. — Continuazione.
 1353. — Ciascuno de' coeredi, oltre la sua quota contribuisce nel debito, o qualora sia tenuto ipotecariamente, ha forse, riguardo al creditore ipotecario, gli stessi diritti del terzo possessore ordinario?
 1354. — Continuazione. — Sotto questo rapporto non è da distinguere l'erede puro o semplice dall'erede beneficiario.
 1355. — II. Della posizione del coerede o di ogni altro successore universale rispetto a' suoi coeredi, quando, per effetto dell'azione ipotecaria, abbia pagato più della sua quota da contribuire nel debito.
 1356. — In caso d'insolubilità di uno de' coeredi, la sua quota nel debito ipotecario va ripartita su tutti gli altri pro rata. — Spiegazione. — Conseguenze.
 1357. — Il coerede, il quale abbia pagato più della sua quota del debito comune, può esercitare il suo regresso contro i coeredi, sia mercè azione personale, sia, mercè azione ipotecaria nel caso in cui posseggano immobili ipotecati al debito. — L'azione ipotecaria è il risultato della surrogazione dalla legge attribuitagli.
 1358. — L'azione ipotecaria si divide, al pari dell'azione personale, contro ciascuno de' contribuenti e nelle stesse proporzioni. — Spiegazione.
 1359. — Uno de' coeredi o successori a titolo universale può

forse agire ipotecariamente per lo intero avversò gli altri coeredi o successori a titolo universale, possessori d'immobili ipotecati: 1. quando, essendo legatario per asseparto di un immobile gravato d'ipoteca, abbia pagato la totalità del debito ipotecario al creditore; 2. quando, essendo esso medesimo, da parte sua, creditore ipotecario del defunto, agisca pel pagamento del suo credito, prelevata la porzione già esatta nella sua persona per confusione?

1340. — La surrogazione convenzionale che il coerede avesse patteggiata del creditore ipotecario da lui soddisfatto non produrrebbe a suo pro maggiore effetto della surrogazione legale.
 1341. — Avverrebbe lo stesso se il coerede avesse comprato il credito del creditore ipotecario?
 1342. — È uopo eccettuare dallo precedenti soluzioni l'erede beneficiario, il quale può dimandare ipotecariamente, al pari di ogni altro creditore, il pagamento del suo credito particolare contro gli altri eredi o successori universali. — Spiegazione.
 1343. — Continuazione.
 1344. — I principi testè esposti, pel caso in cui uno dei coeredi venne astretto all'azione ipotecaria, e pagare più della sua porzione nel debito comune, si applicano in generale a tutti i casi in cui, per effetto di una causa qualsivoglia, fosse stato astretto a pagare più della sua porzione.
 1345. — Del caso in cui l'immobile di una eredità si trovi gravato di rendite con ipoteca. — Esposizione.
 1346. — Continuazione. — Caso storico intorno alla compilazione dell'art. 872.
 1347. — A. Il primo mezzo indicato con l'art. 872 consiste nel rimborsare la rendita prima della divisione.
 1348. — Continuazione. — Questo primo mezzo può forse adoperarsi sol quando trattisi d'ipoteca speciale sopra un solo immobile?
 1349. — B. Il secondo mezzo indicato dall'art. 872 consiste nello incaricare esclusivamente dal pagamento della rendita, con obbligo di garanzia gli altri, quello de' coeredi che avrà l'immobile ipotecato.
 1350. — Continuazione. — Questo secondo mezzo può generalmente adoperarsi sol quando l'ipoteca sia speciale sopra un immobile.
 1351. — L'erede solo incaricato dal pagamento della rendita debbe garantire i suoi coeredi; il che dimostra lo stesso creditore conservare la sua azione contro ciascuno di essi.
 1352. — In che mai consista, da parte del coerede sol incaricato del pagamento della rendita, l'obbligo di garantire i suoi coeredi?
 1353. — L'art. 872 è forse applicabile, sia allo rendite vitalizie, sia a' renditi ordinari?
 1354. — L'art. 872 sarebbe forse applicabile nel caso in cui il creditore della rendita fosse uno de' coeredi?
 1355. — La disposizione dell'art. 872 è facoltativa o imperativa?
 1324. — Dagli sviluppi testè recati intorno all'azione personale competente a' creditori della eredità conseguiva:

Da un lato i successori a titolo particolare non esservi sottoposti;

E d'altro lato i successori a titolo universale esservi sottoposti proporzionalmente alla lor quota ereditaria.

1325. — Or precisamente l'azion ipotecaria modifica profondamente cotesta duplice regola, avendo per effetto:

1.º Un lato che coloro i quali non potessero esser convenuti in giudizio personalmente possono esserlo ipotecariamente per lo intero;

E d'altro lato che coloro i quali potessero esser convenuti in giudizio personalmente per una porzione, possono esserlo ipotecariamente per lo intero o almeno per una porzione maggiore della lor quota contributiva.

E questo lo effetto della indivisibilità della ipoteca: *propter indivisam pignoris causam*, insegnava Molineo, soggiugnendo esser l'ipoteca tota in toto et tota in quolibet parte (part. II, n. 9, e part. III, n. 28).

Talechè ciascuna porzione dello immobile trovasi destinata al pagamento integrale del debito, e conseguentemente chiunque ne possiede una porzione, eziandio minima, può esser convenuto in giudizio ipotecariamente per lo intero (confr. art. 1221, 2083, 2214, 2267, 2268 — 1171, 4953, 2120, 2173).

1326. — Altronde è manifesto che paghi totalmente o parzialmente, per effetto dell'azione ipotecaria, un debito di cui non era personalmente tenuto, fa quindi una semplice anticipazione, per cui ha diritto di sperimentare regresso contro coloro a quali l'anticipazione medesima giovò e de' quali amministrò l'affare (art. 1372, 2178 — 1326, 2072).

E similmente, per garantire le efficacie del regresso suo, la legge gli concede di pieno diritto la surrogazione ne' diritti del creditore da lui soddisfatto.

1327. — Ben si ravvisa per cotesta semplice esposizione che se noi non siamo guardinghi, corriam rischio qui d'immergerci pienamente nelle materie dell'ipoteca e della surrogazione, val dire nell'e due materie più rilevanti e più malagevoli fra tutte le materie del privato diritto.

Ma altronde in altri titoli il nostro Codice ne fermò le regole; e noi non potremo trattarne in questo luogo senza trascorrere in una manifesta digressione, la quale tornerebbe qui di necessità insufficiente ed incompiuta, qualunque fosse la sua ampiezza.

Dunque è indispensabile circoscriverci alla semplice spiegazione di quegli articoli del

titolo in esame i quali vi si riferiscono.

Consequentemente di volo esporremo i precipi caratteri di siffatta duplice situazione.

A. Primieramente circa i successori a titolo particolare;

B. Secondariamente circa i successori a titolo universale;

Collocando gli uni e gli altri successivamente:

I. Sia di rispetto a' creditori ipotecari, per conoscere come sien tenuti verso di essi;

II. Sia di rispetto agli eredi o altri successori universali, avverso i quali possano avere a sperimentare regresso, per conoscere qual sia l'ampiezza del regresso medesimo ed in che consista.

1328. — A. Ragioneremo primieramente intorno a' legatarii particolari.

I. Di rispetto al creditore ipotecario, di cui lo immobile legatogli forma il pegno, la posizione del legatario particolare è semplicissima: è d'essa quella di un terzo possessore ordinario, non personalmente obbligato al debito (confr. art. 611, 871, 1021 — 536, 792, 979).

Or, come appresso ravviseremo, il terzo possessore ordinario, se non voglia pagare il debito, ha diritto:

Sia di rilasciare lo immobile ipotecato (art. 2168-2172 e seg. — 2062-2066);

Sia di opporre la eccezione di escussione (art. 2170, 2174 — 2064, 2065);

Sia di purgare (art. 2181 e seg. — 2075);

Dunque tali varii diritti competono al legatario particolare di un immobile gravato d'ipoteca.

1329. — II. Di rispetto agli eredi o altri successori universali, cui giovò il pagamento del debito ipotecario da lui estinto, il legatario particolare ha però diritto di ripetere l'anticipazione medesima (*supra*, n. 68).

Ed all'obbligato può avere egli stesso una duplice azione:

L'azion personale *negotiorum gestorum*, avverso ciascun di coloro cui il pagamento da lui fatto tornò proficuo;

L'azion ipotecaria avverso coloro i quali posseggono immobili ipotecati al credito del creditore da lui soddisfatto.

Di fatti l'art. 871 — dichiara:

« Il legatario particolare che ha estinto un debito di cui era gravato il fondo legato ed è tra nelle ragioni del creditore contro gli eredi e successori a titolo universale. » (Agg. art. 1251, n. 3 — 1204).

4330. — Ciò che abbiamo affermato intorno alla posizione del legatario particolare di rispetto a' creditori ipotecari (*supra*, n. 70) possiamo affermarlo parimente intorno alla proposizione verso coloro contro i quali trovansi surrogati, val dire come è uopo applicargli le regole ordinarie del sistema ipotecario circa i terzi possessori, così del pari è uopo applicargli le regole ordinarie circa la surrogazione.

Contro chi, per esempio, vien surrogato?

In quali diritti, in quali cautele?

Ed in qual proporzione?

Indubitatamente son queste gravissime questioni; e costituiscono precisamente tutta la teorica della surrogazione, teorica malagevole e complicata intorno a cui gl' interpreti più autorevoli della scienza trovansi ancora oggidì discordanti.

Ma ciò che ci sembra indubitato si è che la soluzione di coteste varie quistioni, qualunque sia quella che si adotti, dovrà applicarsi al legatario particolare come ad ogni altro surrogato, e che nulla rinviensi nella qualità sua che richiegga, sotto questo rapporto, una notevole modificazione agli effetti ordinari della surrogazione.

Se l'art. 874 dichiara specialmente rimanere surrogato ne' diritti del creditore contro gli eredi e successori a titolo universale, la ragione si è di fatti comunemente il debito, per cui l'immobile legato resterà ipotecato, essere un debito del defunto al pagamento del quale gli eredi e successori a titolo universale andranno sottoposti, sia personalmente, sia ipotecariamente, se posseggano altri immobili ipotecati allo stesso debito (art. 873 — 794); ma quella espressione nulla racchiude di restrittivi; e non impedisce che il legatario particolare venga surrogato contro altre persone ancora, e, per esempio, contro altro terzo possessore, qualora, come noi avvisiamo, la surrogazione in generale produca questo effetto (confr. art. 611 — 536, ed il nostro *Trattato della Distinzione de' beni, della Proprietà e dell'Usufrutto*, t. I, n. 526).

Similmente, circa l'ampiezza della surrogazione, nulla evvi di speciale al legatario particolare; e potrà sperimentare il suo regresso ipotecario per lo intero contro ciascuno degli eredi possessori d'immobili ipotecati al debito, senza esser tenuto di dividerlo contro ciascuno di essi proporzionalmente alla sua quota ereditaria, quante volte, come

DEMOMENNE, Vol. VIII.

opiniamo ancora, la surrogazione in generale produca tale effetto; e, affermiamo, il potrà, dappoichè non evvi fra lui e gli eredi o altri successori a titolo universale alcuna specie di relazione di società, né di obbligazione di garanzia, val dire alcuno degli ostacoli che potrebbero opporsi al procedimento in *solidum* ed al pieno ed intero sperimento dell'azione ipotecaria (*infra* n. 80; confr. Demante, t. III, n. 213 bis, VI; ved. nondimeno Mourlon, *delle Surrogazioni personali*, p. 404 e seg.)

4331. — B. Ci faremo ora a ragionare intorno agli eredi e successori a titolo universale.

I. Rispetto a' creditori ipotecari, abbiamo già osservato, nel parlare dell'art. 873, esser tenuti personalmente per la loro parte e porzione virile, ed ipotecariamente per lo intero.

Non già che la ipoteca apporti eccezione al principio della divisione de' debiti, come la equivoca compilazione degli art. 1220 e 1221 — 1173 e 1174 parrebbe accennare. No!

La obbligazione personale si divide sempre, comunque il debito sia ipotecario.

E se allora quelli fra gli eredi che posseggano l'immobile o una porzione dello immobile ipotecato al debito possono venire astretti in giudizio per lo intero, il possono soltanto ipotecariamente, cioè realmente e come detentori dei beni (ved. L. 2 nel Codice *Si unus ex pluribus haered.*; art. 358 della Cons. di Orleans.)

4332. — Dalle quali cose consegnita gli eredi ed altri successori universali che posseggano un immobile ipotecato andare sottoposti, verso il creditore ipotecario, a due azioni:

Da un lato all'azione personale per la loro parte e porzione ereditaria soltanto;

D'altro lato all'azione ipotecaria per lo intero.

Torna manifesto, qualora trattisi della porzione per cui son tenuti personalmente, poter oviare alla condanna solo mercè pagamento.

1333. — M, oltre la porzione da contribuirsi da loro, e purchè sien tenuti ipotecariamente, e come terzi possessori, hanno forse, al pari del legatario particolare, verso il creditore ipotecario, la stessa posizione e gli stessi diritti del terzo possessore ordinario?

Grave è siffatta quistione; era essa controversa nel nostro antico diritto, e non

è cessata di esserlo nel novello diritto.

Tre opinioni son venute in campo :

1. A norma della prima, l'erede, eziandio dopo aver soddisfatto la porzione da contribuire per cui è personalmente tenuto, non potrebbe :

Opporre il beneficio della escussione ;

Nè purgare ;

Nè tampoco rilasciare ; o almeno proseguirebbe sempre ad esser tenuto ipotecariamente, anche quando avesse cessato di possedere l'immobile ipotecato, precipuamente qualora, insegnava Lebrun (*infra*), lo avesse venduto ed avesse cavato vantaggio dal prezzo.

Tale opinione voiva insegnata nel nostro antico diritto, la cui sembra essere stata in origine molto in voga : segnalamente Loyseau erane addivenuto promotore, distinguendo dall'azione personale, da una lato, e dall'azione ipotecaria d'altro lato, una terza azione, formata del concorso dell'una e dell'altra, cioè l'azione personale ipotecaria, cui andava precisamente sottoposto l'erede possessore di un immobile ipotecato (confr. Loyseau, *dell'Abbandono*, lib. III, cap. VIII, n. 13, lib. IV, cap. IV, n. 47; Fabro, *Cod. lib. VIII, § XXI, dif. I*; Despeisses, t. I, p. 404.)

2. Per contrario i propugnatori della seconda opinione professano che l'erede o altro successore universale, dopo il pagamento della porzione da contribuire da lui, non essendo più personalmente obbligato al debito (art. 2170, 2172 — 2064 e 2066), non debbesi più riguardare se non come semplice terzo possessore; e che conseguentemente può :

Sia rilasciare ;

Sia opporre la eccezione di escussione ;

Sia purgare (confr. Delvincourt, t. II, p. 468, 469; Chabot, art. 873, n. 15; Troplong, *de Priv. ed. Ipot.*, n. 390, 798 e 903 bis.)

3. Da ultimo i propugnatori della terza opinione distinguono :

Egli no ammettono l'erede o il successore universale al rilascio dello immobile ipotecato ;

Ma non l'ammettono alla eccezione di escussione nè alla purga (confr. Pothier, *Intr. al tit. XX della Cons. di Orleans*, n. 35 e 32; Lebrun, lib. IV, cap. II, sez. I, n. 35 e 42; Championnière e Rigaud, *De' diritti di registro*, t. III, n. 2067, 2665-2669, Pont, *dei Priv. ed. Ipot.*, n. 4184 e 4273; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 355, 356; Labbé,

Rivista crit. di giurispr., t. VIII, p. 211 e seg.)

E cotesta dottrina, a parer nostro, è la meglio fondata.

In vero da un lato la facoltà di rilasciare è inerente alla obbligazione ipotecaria, la quale consiste precisamente nell'alternativa di rilasciare o pagare (art. 2167, 2168 — 2061 e 2062); se l'art. 2172 — 2066 dichiara il rilascio potersi fare soltanto da' terzi possessori, non personalmente obbligati al debito, unico scopo del legislatore con siffatta disposizione si è il negare a' debitori personali la facoltà di esimersi dal pagamento del loro debito personale mercè l'abbandono; or il successore universale, il quale pagò la sua quota contributiva nel debito, non è più debitore personale.

Affatto diverso è il carattere della eccezione di escussione e della purga !

Ben lungi dal discendere, come naturali conseguenze, dal diritto ipotecario, entrambe coteste facoltà costituiscono per contrario una profonda modificazione del diritto medesimo, nel suo più eminente carattere, val dire nella sua indivisibilità: or, essendo indivisibile l'azione ipotecaria, gli eredi o altri successori universali ne sono ad evidenza tenuti per lo intero: avvegnachè non possono succedere in porzioni in una obbligazione non suscettiva di porzioni: dunque non possono ricorrere alla eccezione di escussione nè alla purga, il cui scopo come il risultamento si è ad evidenza lo attenuare il carattere indivisibile del diritto ipotecario concesso dal loro autore e che son tenuti, al pari di lui, di mantenere in tutte le sue conseguenze indivisibili.

1334. — Altronde tali principii son applicabili all'erede o altro successore universale, il quale abbia accettato col beneficio dell'inventario, come a quello che abbia accettato puramente e semplicemente, essendo egli medesimo tenuto de' fatti del defunto entro i limiti de' beni da lui conseguiti (confr. il tomo II, n. 159 bis; Loyseau, *dell'Abbandono*, lib. IV, cap. IV, n. 20; Pont, *loc. sup. cit.*)

1335. — II. Ci rimane a determinare quindi, di rispetto a' suoi coeredi o agli altri successori a titolo universale, la posizione dell'erede e del successore a titolo universale il quale, per effetto dell'azione ipotecaria, abbia pagato più della sua quota contributiva nel debito.

Articolo 875 — 795 : « Il coerede o suc-

« cessore a titolo universale, che in forza d'ipoteca ha pagato un debito comune oltre la sua parte, non ha regresso contro gli altri coeredi o successori a titolo universale, fuori che per quella parte che ciascheduno di essi deve personalmente sostenere, quando anche il coerede che ha pagato il debito, si fosse fatto surrogare ne' diritti de' creditori; senza pregiudizio però delle ragioni di un coerede, il quale, in forza del beneficio dell'inventario avesse conservata la facoltà di ripetere, come qualunque altro creditore, il pagamento del suo credito personale. »

E l'art. 876 — 796 soggiunge :

« In caso d'insolubilità di un coerede o successore a titolo universale, la sua tangente nel debito ipotecario è ripartita in proporzione sopra tutti gli altri. »

1336. — Poniamo mente dapprima a questa disposizione dell'art. 876, la quale ci servirà precisamente a spiegare la disposizione dell'art. 875 — 795.

Di fatti per qual motivo la insolubilità di uno de' contribuenti vien mai sopportata da tutti gli altri contribuenti proporzionalmente ?

Precisamente a causa della scambievole obbligazione di garanzia la quale vincola reciprocamente gli uni verso gli altri, e la quale essa medesima deriva da cotesta condizione di eguaglianza, che costituisce lo essenziale fondamento della divisione (art. 884 — 804 e segnatamente art. 885, 2. comma — 805).

Ci basti l'osservare qui relativamente all'art. 876 :

1. Che può invocarsene l'applicazione da chi abbia pagato più della sua quota al debito comune sol quando venne astretto a pagare tale eccedenza: di fatti l'articolo in esame parla di un debito ipotecario: se dunque pagasse volontariamente più della sua quota, pagherebbe a suo rischio; e gli altri successori non sarebbero garanti verso di lui della insolubilità di uno tra essi;

2. Che, anche quando trattisi di pagamento forzato, la garanzia ha luogo per la insolubilità anteriore al pagamento; o almeno quando non si potesse accagionare al coerede che abbia fatto il pagamento veruna negligenza o indugio nella riscossione delle sue anticipazioni (confr. Duranton, t. VII, n. 452, Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 361; Massé e Vergé, t. II, p. 433.)

1337. — Il coerede o altro successore a

titolo universale, il quale abbia quindi pagato più della sua quota nel debito comune, può sperimentare il suo regresso, sia mercé azione personale avverso ciascuno degli altri coeredi o successori a titolo universale, sia pure mercé azione ipotecaria avverso i possessori degli immobili ipotecati al debito da lui soddisfatto.

L'azione ipotecaria è il risultamento della surrogazione dalla stessa legge concedutagli ne' diritti del creditore.

Forse l'art. 875 stabilisce a suo pro cotesta surrogazione ?

Potrebbe sene dubitare; avvegnacebbè, volendo attenersi alla formola di questo testo, dovrebbero credere piuttosto il coerede non essere surrogato *legalmente*, dappoichè l'articolo sembra supporre aver potuto usare la sollecitudine di farsi surrogare *convenzionalmente*.

Si è risposto cotesti vocaboli adoperati nell'art. 875 avere per oggetto di dinotare la surrogazione convenzionale stipulata dal coerede non poter avere a suo pro effetto maggiore della surrogazione legale.

Cotesta idea è di per sè sommamente giusta (infra, n. 82); ma allora, se tale è il senso delle sole parole adoperate nell'articolo in esame riguardante la surrogazione, il vero si è non rinvenirvisi precisamente alcuna disposizione che stabilisca la surrogazione legale. L'art. 874, il quale lo stabilisce pel legatario particolare, esprimersi di fatti in ben diversa guisa.

Dunque non potrebbe disconvenire cotesta compilazione dell'art. 875 essere alquanto ambigua; e basti altronde ravvicinarle ad una nota di Pothier su l'art. 358 della Consuetudine di Orleans per ravvisarne la causa. Pothier aveva insegnato il coerede poter esercitare il suo regresso avverso i proprii coeredi per la loro porzione, *anche quando si fosse fatto surrogare nei diritti del creditore*: egli dovette esprimersi così in un tempo in cui la surrogazione non concedevasi di pieno diritto, ed il coerede la otteneva sol quando avesse curato di dimandarla: or ad evidenza siffatta formola i compilatori del nostro Codice attinsero nell'opera di Pothier per riprodurla nell'art. 875; e ben si comprende non essere oggidì maggiormente regolare sotto l'impero di una legislazione che ammette la surrogazione legale a pro del coerede (Confr. Mourlon, delle Surrogazioni, p. 364, 365).

Del rimanente poco monta cotesta ambiguità di compilazione: lo indubitato si è l'erede trovarsi surrogato di pieno diritto (art. 1254, III — 4204).

4338. — Non è da recar meraviglia il coerede o altro successore a titolo universale non potere, in forza, della sua azione personale, agire avverso ciascuno degli altri coeredi o successori a titolo universale per più della sua porzione; dappoichè è questa la indispensabile conseguenza de' principii del diritto comune.

Ma il notevole si è la sua azione ipotecaria assolutamente dividersi come la sua azione personale, e nelle stesse proporzioni avverso gli altri contribuenti, talchè può, eziandio ipotecariamente, dimandare a ciascun di essi la sua porzione nel debito e nelle insolvenze.

È questa forse un'applicazione della regola generale in materia di surrogazione?

Per contrario è questa forse una eccezione?

Controverso è tal punto; e parecchi insegnano la surrogazione non conferire al surrogato il diritto di riscuotere ipotecariamente, per lo intero, le sue anticipazioni avverso coloro i quali ne sono debitori solo parzialmente.

Non è questo il luogo di esporre siffatta tesi: ma per l'opposto avvisiamo, in quanto a noi, la regola generale essere la surrogazione conferire al surrogato il pieno ed intero sporcamento del diritto ipotecario in *solidum*, come compete al creditore; e la prova ne discende, sia dall'art. 874 relativo al legatario particolare (*supra*, n. 72), sia segnatamente dalla final disposizione dell'art. 875, il quale, riservando all'erede beneficiario il diritto di agire ipotecariamente *come qualunque altro creditore*, gli riserva, per la circostanza medesima, il diritto di agire per lo intero avverso ciascuno di coloro che posseggano immobili ipotecati.

Dunque, per eccezione a' principii generali, la prima parte dell'art. 875 divide e fraziona l'azione ipotecaria nelle stesse proporzioni dell'azione personale.

E pure non senza difficoltà si è ammessa tale eccezione!

« È grave quistione, affermava Pothier, al tempo suo, se l'erede fattosi surrogare nelle azioni del creditore le riciterà solidalmente contro ciascuno de' suoi coeredi, confusa la sua quota, o se le azioni medesime debbansi

dividere. » (*De le Success.*, cap. V, art. 4; *red. pure delle Obligaz.*, n. 281).

Nulladimeno tale eccezione venne ammessa, e, a' eredi nostro, con somma ragione; dappoichè può venire benissimo giustificata sotto un triplice punto di veduta:

Sia per la necessità di avviare ad una lunga serie di regressi, per effetto di cui i coeredi possessori d'immobili ipotecati allo stesso debito, avrebbero potuto reagire successivamente gli uni contro gli altri, confusa e dedotta però preventivamente la lor quota;

Sia per i rapporti di quasi-società, stabiliti dalla indivisione fra' coeredi ed altri successori universali;

Sia per la reciproca obbligazione di garanzia che scambievolmente li vincola gli uni verso gli altri, e che perciò debbe opporsi da parte di uno di essi ad ogni atto il quale tendesse a cagionare agli altri una specie di evizione: or sarebbe effettivamente arrecar loro una specie di evizione lo asstringerli a pagare più della lor quota particolare nel delitto.

Altronde quale è mai il vantaggio dell'azione ipotecaria in *solidum*? è non solo il procacciare un pagamento integrale al creditore; ma eziandio, e principalmente, il preservarlo dalla insolvenza de' contribuenti, contro ciascun de' quali fosse stato astretto a dividere la sua azione personale: or precisamente l'erede o altro successore a titolo universale non può ottenere tal vantaggio; dappoichè, essendo egli medesimo tenuto a sopportare la sua quota nella insolvenza (art. 876), ne conseguita che se avesse dimandato lo intero da uno de' contribuenti, potrebbe venire astretto a restituirgli una parte di ciò che ricevette in caso d'insolvenza di uno degli altri contribuenti: dunque l'azione ipotecaria per lo intero non potrebbe raggiungere il suo scopo rispetto a lui; ed è nono soggiungere poter essa riuscire sommaramente ingiusta ne' suoi risultamenti avverso gli altri contribuenti: i quali, dopo essere stati astretti a pagare essi medesimi ad uno de' coeredi la porzione da contribuire agli altri, si troverebbero esposti ad avere contro di lui un'inefficace regresso per le insolvenze degli altri, qualora esso medesimo fosse addvenuto insolvente! (*red. pure art. 4214 — 4167*).

Dunque la logica e la equità imponevano applicarsi qui la massima: *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*; e di fatti appunto cotesta massima som-

ministra la migliore spiegazione di tal divisione cui so. ggiace qui l'azione ipotecaria (confr. Lebrun, lib. IV, cap. II, sez. III, n. 2; Merlin, *Rep.*, v. *Surrogazione*, sez. II, § 1).

1339. — Tali motivi ci sembrano dover servire a risolvere una questione già nel nostro antico diritto, e che non è cessata di essere ancora oggi nel nostro novello diritto, oltremodo controversa, cioè:

Se uno de' coeredi o successori a titolo universale possa agire ipotecariamente per lo intero contro gli altri coeredi o successori a titolo universale possessori d'immobili ipotecati:

4. Quando essendo legatario per ante parte di un immobile gravato d'ipoteca, abbia pagato l'intero debito al creditore (art. 874);

2. Quando essendo esso medesimo direttamente creditore ipotecario del defunto, agisca pel pagamento del suo credito, prelevato però la porzione esente per confusione (art. 1300 — 1254).

L'affermativa è propugnata da molteplici e gravi autorità:

Da un lato, diceasi, i diritti del legatario per ante parte sono distinti da' diritti del coerede; e dalla circostanza che due qualità di legatario e coerede trovarsi congiunte nella stessa persona non conseguita ciascuna di esse non poter produrre gli effetti ad esso proprii: dunque il coerede non potrebbe venir privato dei diritti a lui competenti in qualità di legatario per ante parte;

E d'altro lato l'eredità, eziandio puro e semplice, conserva contro la eredità il pieno ed intero esercizio del suo eredità particolare o de' diritti annessivi, qualora il suo credito non estingua per confusione: or il suo credito si estingue per confusione sino alla concorrenza della parte che dee sopportare, sia nel debito stesso, sia nelle insolubilità: dunque oltre la sua quota conserva, al pari di ogni altro ereditore estraneo, il pieno sperimento de' suoi diritti (confr. L. I, *Codice de Haered.*, art.; Brodeau sopra Lociet, lettera H, n. 20; Lebrun, lib. IV, cap. II, sez. II, n. 43; Chabot, art. 875, n. 5. Belost-Jolimont, osserv. I. Duranton, t. VII, n. 449; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 361, 362; Massé e Vergé, t. II, p. 432-434; Tonllier, t. II, n. 558, nota I, il quale, dopo avere preso a seguitare la opposta dottrina, l'ha abbandonata).

Non pertanto, a parer nostro, la opposta dottrina è meglio fondata.

Essa veniva professata da Pothier, il qua-

sembrava accoglierla senza la minima titubanza:

« Anche quando, egli diceva, uno de' coeredi fosse direttamente creditore ipotecario del defunto, non potrebbe agire solidalmente, confusa soltanto la quota sua, contro ciascuno de' suoi coeredi possessori d'immobili: la scambievolmente garantita dovutasi da' coeredi esclude siffatta solidarietà: può dimandare a ciascun de' suoi coeredi la quota di cui il coerede medesimo è personalmente tenuto, e la ripartizione delle quote di cui son tenuti gli eredi insolubili fra lui e quelli solvibili: (Su l'art. 358 della Cons. di Orleans nota 2.)

Conveniamo cotesta soluzione non rinvenirsi compresa ne' termini medesimi dell'art. 875; ma non ci sembra oggi meno necessaria:

1. Di fatti esponemmo gli essenziali motivi su cui poggia la disposizione di quello articolo (*supra*, n. 80): or tali motivi applicansi ad evidenza, con pari forza, alle due ipotesi in esame: dunque tornerebbe impossibile eccettuarne senza manifesta contraddizione de' principii.

Forse, per esempio, il coerede, quando esso medesimo sia legatario per ante parte, o creditore ipotecario del defunto, non debbe sempre garantire i suoi coeredi?

Forse non dee sopportare pariamente la sua quota nello insolubilità?

Indubitabilmente!

Ebbene adunque! come potrebbe sperimentare un'azione tendente ad evincere coloro che dee garantire!

A qual pro permettergli di dimandare lo intero ad uno de' suoi coeredi, dappoiché sarebbe, in caso d'insolubilità degli altri, tenuto a restituirgli lo importare del suo contributo nella perdita che ne risulterebbe?

2. Altronde non è forse manifesto che se il coerede potesse esercitare direttamente contro i suoi coeredi l'azione ipotecaria in solidum, non vi sarebbe stata alcuna ragione di vietarglielo lo sperimento, come surrogato nei diritti del creditore da lui soddisfatto! di fatti il creditore medesimo aveva il diritto di agire per lo intero: or il coerede che l'abbia pagato rimane surrogato ne' suoi diritti: dunque dovrebbe avere eziandio il diritto di agire per lo intero.

Se gli si nega il diritto medesimo, la ragione si è dunque rinvenirsi nella sua persona un ostacolo particolare ed a lui proprio. or, se l'ostacolo che si oppone da parte sua

all'azione in *solidum* sta nella sua persona, affatto ostacolo debbe ad evidenza sussistere in tutti i casi, qualunque sia la causa in forza di cui tale azione in *solidum* trovisi presso di lui! dappoichè l'obbligazione di garanzia, cui va sottoposto verso i suoi coeredi, è di fatti una obbligazione personale, la quale inceppa necessariamente da parte suo lo sperimento di ogni azione *solidale* (confr. Esparid, annotatore di Lebrun, loc. *supra* cit.; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 755; Marcadé, art. 875, n. 411; Demante, t. III, n. 216 bis, II e III; Muirou, *Rep. scrit.*, t. II, p. 187.)

1340. — È indubitato, pel fin qui detto, la surrogazione convenzionale, che il coerede avesse stipulata del creditore ipotecario da lui soddisfatto, non produrre a suo pro effetto maggiore della surrogazione legale: altronde è questo il diritto comune (arg. dall'art. 875; *supra*, n. 79).

1341. — Ed è mestieri applicare pure la stessa soluzione al caso in cui il coerede, in vece di pagare il creditore ipotecario con surrogazione, avesse comprato da lui il suo credito (confr. Duranton, t. VII, n. 449; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, loc. *supra* cit.; Zachariae, Aubry e Rau, t. II, p. 364).

1342. — La stessa eccezione, stabilita dall'art. 875 a pro dell'erede beneficiario, dimostra sempre più, a creder nostro, la esattezza delle soluzioni testè recate (*supra*, n. 81-83).

Si è obiettato la riserva fatta dalla seconda parte dell'art. 875, a pro dell'erede beneficiario, applicarsi non al caso in cui fosse direttamente ereditore ipotecario del defunto, ma al caso in cui si presenti come surrogato ne' diritti di un creditore da lui soddisfatto; e tale essere ad evidenza il senso della espressione *credito personale*, come risulta dalla intera economia dell'articolo, dappoichè la seconda parte arreca una eccezione alla prima, e precisamente la prima tratta del caso in cui il coerede abbia soddisfatto il creditore ipotecario.

Per contrario potremmo osservare primamente altri aver sostenuto trattarsi qui del caso in cui l'erede beneficiario vantasse direttamente un credito personale avverso il defunto, ed il caso contemplato dalla seconda parte dell'art. 875 non doversi confondere col caso contemplato con l'art. 1251-4. — 420-4. E questa segnatamente la spiegazione che ne adducono i propugnatori della dottri-

na in conformità di cui la surrogazione non trasmetterebbe mai al surrogato il diritto di agire per lo intero avverso coloro cui il pagamento abbia proacciato un parziale vantaggio, ed i quali, pretendendo cotesta regola essere applicabile all'erede beneficiario surrogato dei pari che all'erede puro e semplice, sostengono che se la seconda parte dell'art. 875 conferisce il diritto di agire per lo intero all'erede beneficiario, la ragione si è parlare del caso in cui vantasse direttamente un credito personale contro il defunto.

Nulladimeno non faremo, per parte nostra cotesta risposta; avvegnacchè avvisiamo per contrario di fatti la seconda parte dell'art. 875 intimamente concatenarsi alla prima, e risolvere la stessa ipotesi, cioè quella in cui non de' coeredi o successori a titolo universale abbia pagato un creditore ipotecario del defunto.

Ma poco monta, a parer nostro relativamente all'erede beneficiario; dappoichè, avendo pagato di proprio danaro il creditore ereditario, più della sua quota contributiva, o più dello emolumento da lui conseguito nella eredità, puossi affermare avere un *credito personale*, come quello pertinente ad uno estraneo, o come quello da lui medesimo vantato in origine direttamente contro il defunto.

Consequentemente la legge gli permette di fatti di sperimentarne la riscossione, al pari di un creditore estraneo, sia su gl'immobili compresi nella sua quota, sia su gl'immobili compresi nella quota degli altri eredi e successori a titolo universale, senza esser tenuto a dividere tra essi la sua azione ipotecaria, nè sopportare la sua porzione nelle insolubilità.

E ciò ne dimostra preventivamente l'erede beneficiario non andar sottoposto, su' suoi beni personali, all'obbligazione di garanzia verso i suoi coeredi.

1343. — Non pertanto cotesta soluzione è applicabile unicamente nel caso in cui l'erede beneficiario abbia pagato di proprio danaro un debito della eredità (art. 1251-4.)

Avverrebbe diversamente se, per liberare dalla ipoteca lo immobile compreso nella sua quota, avesse soddisfatto il debito col danaro della eredità: allora non vi sarebbe più motivo per non applicargli la regola racchiusa nella prima parte dell'art. 875; avvegnacchè, almeno ne' limiti de' beni da lui conseguiti, è tenuto alla garanzia verso i suoi coeredi (confr. Demante, t. III, n. 216 bis, VII.)

1344. — Il Codice parla qui del caso in cui il debito sia ipotecario.

Ma questo non è il solo caso in cui uno de' coeredi o successori a titolo universale possa venire astretto a pagare un debito della eredità per lo intero o almeno per una porzione maggiore della sua porzione contributiva: noi ne ravviseremo ancora altri esempi nella disamina dell'art. 1221 — 1174.

Ci basti dichiarare, sin da questo momento, essere egualmente applicabili in tutti i casi i principi da noi testè esposti intorno al carattere ed all'ampiezza del regresso che può esercitarsi dal coerede che abbia pagato a verso i suoi coeredi.

Di fatti, qualunque sia la causa per effetto di cui uno de' coeredi o altri successori a titolo universale sarà stato astretto a fare il pagamento, la sua situazione verso i suoi coeredi, circa l'esercizio del suo regresso, sarà ad evidenza sempre la stessa.

1345. — Noi già osservammo l'azione ipotecaria, col suo procedimento in *solidum*, dar luogo a regressi o complicazioni, non ostante i temperamenti del legislatore apporlativi.

Tali complicazioni segnatamente possono divenire infinitamente gravi, quando trattisi di rendita costituita o perpetua garantita da ipoteca (art. 1909 — 1781).

In vero il creditore della rendita, in vece di dimandare ogni anno divisamente a ciascuno degli eredi o successori a titolo universale il pagamento di una porzione delle sue annualità, amerà meglio ad evidenza dimandarle totalmente a quello tra essi che possederà l'immobile ipotecato al pagamento della rendita; e per conseguenza annualmente o piuttosto semestralmente, se non trimestralmente, il coerede o successore a titolo universale sarà in obbligo di pagare la totalità; e gli sarà uopo dappoi esercitare il suo regresso contro i suoi coeredi o altri successori a titolo universale.

Val dire non esservi allora alcun termine a costesti regressi periodicamente e perpetuamente rinnovanti come il pagamento delle annualità; anzi tutto l'opposto! ben lungi dal potere il tempo immangiare questa situazione, non potrebbe se non renderla più grave per effetto delle novelle divisioni e suddivisioni cui la rendita soggiaccerà a misura che andrà frazionandosi sempre più fra gli eredi degli eredi e così successivamente in infinitum!

Cotesta situazione è tale da aver dovuto preoccuparsene il legislatore.

E ciò ci conduce, per un affatto naturale transizione, a ragionare dell'art. 872 — 793, il quale è così conceputo:

« Ciascun coerede, quando i beni immobili di una eredità son gravati di prestazioni e in virtù d'ipoteca speciale, può esigere che tali prestazioni sieno affrancate e resi liberi i beni, prima che si proceda alla formazione delle porzioni ereditarie. Se i coeredi dividono l'eredità nello stato in cui essa si trova, il fondo gravato deve stimarsi con le medesime norme con cui si stimano gli altri beni immobili; si detrae dal prezzo totale il capitale corrispondente alla prestazione; l'erede nella cui quota cade questo fondo, è caricato solo dell'adempimento della prestazione medesima, ed egli è in dovere di garantirne i coeredi. »

1346. — Siffatta disposizione e di per sé di abbastanza semplice applicazione; e le difficoltà cui ha dato luogo provengono soprattutto dal modo scorretto onde la primitiva compilazione del progetto venne modificata per effetto di una emenda recatasi.

L'art. 160 del progetto di Codice civile (corrispondente al nostro art. 872) trovavasi dapprima così conceputo:

« Quando un immobile della eredità trovi-
« si gravato di rendita con ipoteca speciale,
« e debbesi stimare alla stessa ragione degli al-
« tri immobili: si preleva il capitale della
« rendita sul prezzo totale: l'erede, nella cui
« quota ricade lo immobile medesimo, rima-
« ne solo sottoposto al pagamento della ren-
« dita: e debbe garantirne i suoi coeredi. »

Nella discussione in consigli di Stato Tronchet propose la disposizione relativa alla rimborsazione del capitale; e ben lungi dal circoscriverla al caso d'ipoteca speciale sopra un immobile, faceva osservare una rendita potersi ipotecare sopra più immobili ripartiti in varie quote (Loché, *Legisl. civ.*, t. X, p. 138-140).

La emenda di Tronchet venne adottata; ma la sezione di legislazione, in vece di rifare, come sarebbe stato uopo, la intera compilazione dell'articolo del progetto, limitossi ad introdurnvi la frase *ciascuno dei coeredi*, ec., ed adoperare la parola *immobili* in vece della espressione di un immobile, mentre lasciava, nella prima parte dell'articolo, la espressione con *ipoteca speciale*!

Val dire che la sezione di legislazione me-

scuola e confuse ad evidenza i due mezzi oltremodo distinti, che trattavasi in avvenire di additare nell'articolo; e mentre fece menzione nella prima parte di una condizione, la quale non eravi necessaria, non fece menzione per contrario menomamente di questa medesima condizione nella seconda parte, dove era indispensabile! (*Infra*, n. 90).

E questa la storia di tal compilazione dell'art. 872; e converrà al certo far prevalere gli essenziali motivi della disposizione che contiene su la manifesta incertezza delle espressioni onde trovasi concepita.

1347. — Dunque l'art. 872 addita, come testè affermammo, due espedienti, che è forza non confondere.

A. Il primo consiste nel rimborsare la rendita prima della divisione e quindi disgravare gli immobili, che potessero esservi ipotecati.

Cotesto primo mezzo è il più radicale, ed indubitabilmente eziandio il migliore, quando sia possibile (*infra*, n. 91 e 95); dappoichè preserva i coeredi da ogni procedimento da parte de'creditori e da ogni regresso tra essi.

1348. — Ma può forse adoperarsi sol quando trattisi d'ipoteca speciale sopra un solo immobile?

O per contrario è forse suscettivo di applicazione in tutti i casi, sia che trattisi d'ipoteca speciale, la quale colpisca più immobili o tutti gli immobili ereditarij, sia che trattisi d'ipoteca generale, la quale colpisca tutti gli immobili?

Taluni autori insegnano cotesto primo mezzo esser possibile sol quando l'ipoteca sia speciale; ed invocano tale espressione, la quale rinviensi di fatti nella prima parte dell'art. 872, il quale tratta di tal mezzo (Confr. Vazeille, art. 872, n. 8, Fouët de Conflans, art. 872, n. 4 e 2; ved. pure Toullier, t. II, n. 418).

Ma precisamente abbiamo già osservato quella espressione essersi erroneamente ritenuta nella prima parte del suddetto articolo, dietro l'adozione della emenda Thonbet: questa condizione di specialità della ipoteca benissimo si comprende, quando trattisi di collocare l'immobile ipotecato in una delle quote che rimarrà sola sottoposta al pagamento della rendita; ma ben diversamente avviene quando trattisi di rimborsare la rendita! Ben lungi dal potersi tal mezzo adoperare sol quando la ipoteca sia speciale sopra un immobile, torna manifesto la generalità stessa della ipoteca renderne l'uso sempre più utile e vantaggioso; dappoichè il procedimento in *solidum* mi-

naccerebbe allora non solo uno de' coeredi, ma tutti que'li fra' coeredi, i quali fossero possessori degl'immobili ipotecati; ed il male, cui la legge volle apportare rimedio addirebbe in questo caso molto più grave!

Dunque sarebbe assai irragionevole il non applicarvi il rimedio!

Dunque è uopo non esitare ad ammettere la espressione con ipoteca speciale essersi ritenuta per inavvertenza nella prima parte dell'art. 872, e doversi nella seconda parte trasportare dietro il manifesto intendimento del legislatore (confr. decia. C. di Caen 10 apr. 1842, Sirey, 1842, II, 330; di Nîmes 16 apr. 1830, Corbier, D., 1830, II, 226; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 872, osserv. 4; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 560, nota a; Ducaurroy, Bonnier e Roussting, t. II, n. 746; Demante, t. III, n. 207 bis, I; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 357; Massé e Vergé, t. II, p. 430).

1349. — B. Il secondo espediente indicato dall'art. 872 consiste nel sommettere esclusivamente al pagamento della rendita, con obbligo di garantirne gli altri, quello fra' coeredi che avrà l'immobile ipotecato.

Altronde l'eredità medesima può venire additata, sia dalla sorte, sia all'amichevole delle parti, quando pongansi di accordo.

A tale effetto lo immobile gravato viene stimato alla stessa ragione degli altri immobili della eredità: dietro tale stima vien prelevato il capitale della rendita; ed in compensamento della eccedenza da cui trae vantaggio il coerede al quale va attribuito lo immobile vien solo sottoposto al pagamento della rendita.

Cotesto mezzo è meno radicale del primo, dappoichè lascia gli altri coeredi esposti all'azione personale del creditore, il quale a dir vero non se ne varrà probabilmente; dappoichè gli tornerà molto più comodo di ricevere una sola volta tutte le annualità dall'eredità sottoposta a pagarle (supra, n. 87).

Che che ne sia, il primo mezzo, consistente nel rimborsare la rendita; può tornare impraticabile, sia per non essere la rendita attualmente rimborsabile (ved. art. 530 e 1911 — 453 e 1783), sia per non avere i coeredi il capitale necessario all'uopo, ovvero per rinvenire eglino maggior vantaggio nel non redimere una rendita producente interessi minori della ragione corrente del contante.

Ed allora precisamente a cotesto secondo mezzo conviene ricorrere.

4350. — Del fin qui detto conseguita all'errore cotesto secondo espediente esser possibile sol quando la *ipoteca sia speciale sopra un immobile*.

E di fatti tale era la disposizione del progetto, il quale contemplava unicamente questo mezzo (supra, n. 88.)

In vero è manifesto che, quando la ipoteca sia generale, ovvero quando la ipoteca, essendo speciale, colpisca tutti gl'immobili ereditari o parecchi degl'immobili medesimi, non puossi raggiungere lo scopo cui mirò la legge, sommettendo al pagamento della rendita uno degli eredi il quale possedesse uno degl'immobili ipotecati; dappoichè il creditore conserverebbe sempre la sua azione ipotecaria avverso gli altri, i quali possedessero eziandio immobili ipotecati (confr. Demante, t. III, n. 207 bis, 1; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 358.).

In simil caso vi sarebbe un solo mezzo di raggiungere lo scopo che trattasi qui di ottenere, cioè il collocare in una quota unica tutti gl'immobili ipotecati, sommettendo esclusivamente al pagamento della rendita quello fra gli eredi il quale li avesse nella sua quota; ma ben si comprende cotesto mezzo stesso dar luogo a gravi inconvenienti e tornare assai di raro praticabile (ved. art. 826 632 — 745-751.).

4351. — L'erede, nella quota del quale ricada l'immobile ipotecato, è caricato solo, dichiara il testo in esame, dell'*adempimento della prestazione della rendita*.

Tali espressioni riferiscono a' rapporti dei coeredi tra essi, i soli intorno a cui la legge qui s' intrattiene; e, sotto questo punto di veduta, sono sommamente esatte.

Ma però ciò non vuol dinotare il creditore della rendita non conservar sempre la sua azione personale avverso ciascuno de' coeredi; e la prova per contrario che la conserva rinviensi nell'ultima espressione adoperata dallo stesso articolo in esame, il quale soggiugne il coerede; solo sottoposto al pagamento della rendita, *doverne garantire i coeredi*.

Di fatti le convenzioni che i coeredi possono formare tra essi, relativamente alla divisione del passivo, non potrebbero modificare il diritto de' creditori (supra, n. 9.).

Se dunque il creditore agisce contro gli altri eredi, l'erede solo sottoposto al pagamento della rendita sarebbe tenuto di garantirli, val dire difenderli dal procedimento medesimo ed indennizzarli, se l'avessero soddisfatta.

DEMOLOMBE, Vol. VIII.

4352. — Toullier insegna cotesta garanzia potere trar seco contro di lui l'obbligo di rimborsare la rendita.

« Se gli altri eredi, egli dice, vengano molestati dal creditore per la loro porzione virile, se non consenta ad accettare per solo obbligato il solo sottoposto da essi al pagamento della rendita, possono costringerlo a rimborsarla. » (T. I, n. 418.).

L'onorevole Duvergier sembra ammetter pure senza difficoltà cotesta dottrina; dappoichè muove la questione se i coeredi passano egualmente, prima di aver il creditore diretto contro di essi procedimenti, astringere il loro coerede, sottoposto al pagamento della rendita, sia a porre in collazione la loro liberazione, sia a rimborsare; e la soluzione negativa da lui omessa di questa seconda questione implica la soluzione affermativa della prima mossa da Toullier (*loc. supra cit.*, nota a.).

Ma, a creder nostro, la soluzione debbe essere negativa in ambedue i casi.

E ben vero al tempo della discussione in consiglio di stato essersi manifestata la idea « l'erede nella quota del quale ricada il fondo sottoposto al pagamento di una rendita, doversi astringere alla rimborsazione, affinché la garanzia de' suoi coeredi non sia indebita. » (Loché, *Legisl. civ.*, t. X, p. 439.).

Ma quella discussione fu alquanto intrigata; anzi sembra essersi supposto il creditore della rendita poter venire astretto a rinunziare al suo diritto ipotecario su gli altri fondi! (Loché, *loc. supra cit.*).

Dunque non evvi luogo di fermarsi ad opinioni individuali più o meno confusamente manifestate.

Il testo della legge debbe solo oggidì formare la nostra regola: or ciò che emerge dal testo si è l'erede, nella quota del quale ricade lo immobile ipotecato, e sottoposto *alla prestazione della rendita*, non esser quindi tenuto a rimborsarla: in vero non sarebbe giusto che i coeredi tutto ad un tratto modificassero la concezione comune, dimandando dopo la divisione, la rimborsazione, che avrebbero potuto dimandare e non dimandaron prima!

Dunque avvisiamo gli eredi non potere astringere alla rimborsazione l'erede solo sottoposto al pagamento della rendita:

Nè per la circostanza il creditore della rendita non consentire ad accettarlo per solo h-

bligato, e muovere procedimenti contro di essi;

Nè tampoco prima di ogni procedimento da parte del creditore della rendita inverso di essi.

Ciò che potrebbesi semplicemente affermare, e sarebbe ben fondato a parer nostro, si è i coeredi, i quali han diritto di esser garantiti del pagamento della rendita, potere, se il coerede sottoposto a pagarla si rendesse inadempiante in modo grave e persistente, soprattutto se avesse alienato lo immobile ipotecato, dimandare provvedimenti stimati necessari; anzi non sarebbe impossibile venire allora ordinata la rimborsazione (arg. dagli art. 4184, 1912 — 4137 e 1784.)

1353. — L'art. 872 applicasi ad evidenza a tutte le rendite perpetue, sia qualunque la causa del loro stabilimento, un capitale mobile o un immobile: l'antica distinzione fra le rendite costituite e le rendite prediali, non sussistente più oggidì, non avrebbe, segnatamente nella nostra ipotesi, alcuna ragione di esserle (Ved. il nostro Trattato della distinzione dei beni, ec., t. I, n. 423.)

Ma non avvisiamo quello articolo essere applicabile alle rendite vitalizie nè n' crediti esigibili entro un certo termine, comunque siasi insegnata l'opposta opinione (Confr. Toullier, t. II, n. 560; Malpel, n. 304.)

Noi non l'applichiamo alle rendite vitalizie; dappoichè, da un lato, il primo espediente indicato dalla legge torna allora impossibile, non essendo rimborsabili le rendite vitalizie (art. 1979 — 4851); e d'altro lato il secondo mezzo non è più praticabile; dappoichè a dir vero la rendita vitalizia non ha capitale: non potrebbesi gliene attribuire almeno se non mercè valutazione incerta ed aleatoria, la quale farebbe correre n' coeredi oventi di perdita o guadagno, cui non sarebbe giusto attingerli in sottoporsi. Soggiugniamo la rendita vitalizia, in ultima analisi, dover finire un giorno, e cotesta situazione dover di necessità avere un termine più o men prossimo.

Questo ultimo motivo dimostra parimente l'art. 872 non potersi applicare a crediti ordinati altronde fra crediti ordinari e le rendite sta la differenza, che se l'eredità, nella quota del quale rinviensi un immobile ipotecato ad una rendita, volesse, per liberarsene, rimborsare il creditore della rendita, non potrebbe pretendere, avverso i suoi coeredi, la rimborsazione del capitale da lui anticipato, ma soltanto la continuazione a suo pro del pagamen-

to della rendita; avvegnachè non avrebbe potuto, per solo suo fatto, rendere la rendita esigibile contro di essi: mentre l'eredità, il quale rimborsasse un credito ordinario, potrebbe esercitare contro i suoi coeredi la riscossione della fatta anticipazione: dunque vi sarebbe, sotto questo rapporto, quando trattasi della ipoteca di una rendita, una ragione non sussistente per l'ipoteca di un credito, per soverchiare all'eredità possessore dello immobile ipotecato.

Noi intendiamo affermare indubitatamente in alcuni casi non tornare proficuo il prosciogliere, relativamente alla ipoteca di una rendita vitalizia, o di un semplice credito, l'uno o l'altro de' due espedienti indicati dall'art. 872; ma tale ipotesi non andando sottoposta a termini della legge, uno degli eredi non potrebbe allora imporre cotesto provvedimento agli altri coeredi per sola sua volontà; anzi può rinvocarsi in dubbio se, come insegna Demante (loc. infra), fosse sufficiente la maggioranza de' voti: il più sicuro partito sarebbe il richiedere l'accordo di tutti i coeredi, ovvero, in caso di dissenso, un giudicato (Ved. il t. III, n. 485; confr. Chabot, n. 872, n. 5; Duranton, t. VII, n. 438; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 359; Massé e Vergé, t. II, p. 431; Demante, t. III, n. 207 bis, 1; Ducarroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 746.)

1351. — Si è mossa questione se l'art. 872 fosse applicabile nel caso in cui il creditore della rendita fosse uno de' coeredi, sia che ne fosse in origine creditore direttamente contro il defunto, sia che l'avesse poscia acquistato dal creditore primitivo, prima o dopo l'apertura della successione.

La Corte di Caen statui per l'affermativa. « Considerando che da termini dell'art. 872 non risulta menomamente che la circostanza di questa duplice qualità debba privarlo della facoltà concessa dall'articolo medesimo a ciascuno de' coeredi in simil caso, che altronde non in qualità di creditore, ma in cotesta qualità di coerede egli ha agito... » (Decis. 20 apr. 1812, Beauchef Duparo, D., *Rac. Alfab.*, v. Successi, p. 453.)

Nondimeno viene generalmente insegnata la opposta dottrina (confr. Duranton, t. VII, n. 443; Vazeille, art. 872, n. 8; Zachariae, Massé e Vergé, t. II, p. 451.)

Se di fatti è vero, come divisammo (supra, n. 84), che l'eredità debba dividere la sua azione ipotecaria del pari che la sua azione personale contro gli altri coeredi o successori

ri a titolo universale, allora svanisce lo stesso motivo su cui l'art. 872 è fondato; dappoichè nessuno degli altri eredi o successori ha da emere procedendo in *solidum*, e quindi neppure si avranno regressi da esercitarsi dagli uni contro gli altri.

Ma nolladimeno allora non potrebbe negare la posizione di quello fra coeredi, il quale sia creditore ipotecario della rendita, trovarsi così notabilmente aggravata; e per tal ragione appunto Espiard, l'annotatore di Lebrun, gli permetteva in simil caso di richiedere la rimborsazione della rendita:

« Tostochè si ricorra alla divisione, egli diceva, per dividere la rendita, il coerede cui è dovuta, ha diritto di prevalersene del pari da parte sua per dimandarla; ... o se i coeredi vogliono continuare la rendita, è giusto che sottomettansi all'azione ipotecaria e la rendita abbia corso come se fosse dovuta da estranei. » (Lib. IV, cap. II, sez. I, n. 43).

Questa reciprocità parrebbe equa; e la conclusione non sarebbe forse poter esservi luogo all'applicazione dell'art. 872, se il coerede creditore ipotecario della rendita dimandasse, sia il mantenimento integrale del suo diritto ipotecario, sia la sua rimborsazione?

Nondimeno cotesta conclusione sarebbe di fatti, a parer nostro, più equa, che giuridica.

4355. — Qual è mai il carattere di tal disposizione dell'art. 872?

È forse facoltativa o imperativa?

Generalmente si ammette la prima parte di quello articolo racchiudere una disposizione meramente facoltativa; e gli stessi termini dell'articolo sono effettivamente pur troppo espliciti in tal senso: *ciascun coerede può esigere, ec.*

Ma relativamente alla disposizione contenuta nella seconda parte dell'articolo in esame, taluni giureconsulti insegnarono essere imperativa (Chabot, art. 872, n. 4; ved. pure Marcadé, art. 872; Mourlon, *Rep. ser.*, t. II, p. 188).

È ben fondato lo ammettere i termini della legge, in questa seconda parte, sembrare offrire qualche cosa di assoluto e di fatti d'imperativo.

Ma cotesta formola nolladimeno non è tale, a creder nostro, che si possa desumerne una conclusione tanto esorbitante quanto quella consistente nello statuire i coeredi non poter convenire il pagamento della rendita rimanere indiviso fra essi, e tal convenzione, se l'avessero consentita, non essere

obbligatoria! Siffatta conclusione, noi diciamo, sarebbe esorbitante; dappoichè trasgredivrebbe il sommo principio della libertà delle convenzioni, che il legislatore debbe mantenere quante volte non offenda l'ordine pubblico nè i diritti de' terzi (art. 4134—1088), e ciò sarebbe, particolarmente nella suddetta materia, in manifesta contraddizione con la disposizione dell'art. 819—738, il quale proclama per contrario cotesta libertà per le divisioni.

Dunque è mestieri raffrontare tra esse le due parti dell'articolo in esame ed intenderele entrambe nello stesso senso, val dire essere sufficiente che uno de' coeredi dimandi adoperarsi uno de' due provvedimenti indicati dalla legge per potere il provvedimento medesimo addivenire necessario: l'articolo così inteso è sufficiente e convenerole; mentre l'altra interpretazione eccede ad evidenza il provvedimento (confr. Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 872, osserv. 2; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 358; Demante, t. III, n. 207 bis, II).

§ II.

Della separazione de' patrimoni

Esposizione. — Censo storico. — Divisione

SOMMARIO

1356. — *Passaggio.*

1357. — *Definizione della separazione de' patrimoni. — De quali principii derivi.*

1358. — *Origine. — Censo storico. — Della separazione de' patrimoni.*

1359. — *Connessione.*

1360. — *Osservazioni intorno alle difficoltà emergenti dalla suddetta materia, ed intorno al leonismo ed alla usaficienza de' testi del nostro Codice.*

1361. — *Divisione.*

4356. — Già osservammo l'accettazione pura e semplice avere per effetto il confondere i beni ed i debiti del defunto co' beni ed i debiti dell'erede (tomo I, n. 542).

Cotesta confusione può addivenire, secondo i casi, nocerole:

Sia all'erede, se la eredità offra più debiti che beni;

Sia a' creditori del defunto ed a' legatari, se per contrario l'erede abbia più debiti che beni.

Avverso entrambi questi pericoli il legislatore ha stabilito due garentie, cioè:

Nello interesse dell'erede il beneficio dello inventario;

•

Nello interesse de' creditori del defunto o de' legatarii il beneficio della separazione de' patrimonii.

Ciò che riguarda il beneficio dello inventario formò già l'obbietto di nostro studio (ved. il tomo II, n. 405 e seg.)

Dobbiamo ora esporre ciò che riguarda la separazione de' patrimonii.

4357. — La separazione de' patrimonii, o la separazione di beni, come insegnavan pure i nostri antichi autori, è adunque un beneficio mercè di cui i creditori del defunto ed i legatarii possono ottenere che i beni ed i debiti del defunto restino separati da' beni e debiti dell'erede, ad obbietto di essere soddisfatti, su' beni del defunto, in preferenza de' creditori particolari dell'erede.

Se vogliansene investigar la causa ed il filosofico fondamento, tornerà agevole il giustificare sotto il duplice punto di veduta de' principii del diritto e della equità.

In vero da un lato i particolari creditori dell'erede non potrebbero vantare, su' beni della eredità spettata al loro debitore, diritti maggiori dello stesso lor debitore, di cui sono gli aventi causa;

Or il loro debitore non ha ad evidenza diritto su' beni della eredità se non con l'obbligo di pagarne tutti i pesi: appunto sotto questa condizione i beni del defunto gli vengono devoluti (art. 724 — 645), val dire sotto la condizione di pagare su' beni medesimi i debiti onde trovansi gravati e che ne diminuiscono di altrettanto il valore; dappoichè non esistono beni senza prelevarne lo importare de' debiti (art. 2092, 2093 — 1962, 1963);

Dunque i creditori particolari dell'erede non possono; al pari dell'erede medesimo, lor debitore, pretendere esercitare diritti su' beni della eredità, sino a quando i creditori della stessa eredità non saranno stati provvisamente soddisfatti.

Dunque in ultima analisi i beni della eredità costituiscono innanzi tutto il pegno speciale de' creditori ereditarii e de' legatarii; e precisamente in tal senso un tempo dicevasi *le morte determina lo stato de' beni e de' debiti del defunto* (Lebrun. lib. IV, cap. II, sez. I, n. 12).

Siffatto principio, insegnava pure Potbier, *viene attinto nella stessa natura delle cose (delle Success., cap. V, art. 4)*

D'altro lato, che mai evvi pure di più equo, nello interesse de' creditori del defunto, i quali abbiano perduto il loro debitore, quello

con cui contrattarono, su la cui buona fede poggiarono, ed i quali il veggiono surrogato da persona, che egli non conobbero o forse che conobbero pur troppo, e nella quale non avrebbero voluto giammai riporre fiducia.

4358. — La origine della separazione de' patrimonii risale al romano diritto. È ben vero che il diritto civile, *jus ipsum*, non offriva a' creditori del defunto alcun mezzo di preservarsi dalla concorrenza de' creditori particolari dell'erede su' beni della eredità; ma il diritto Pretorio li sovvenne; e di fatti appunto per la equità del Pretore, *hic est igitur Aquisissimum*, venne stabilito, molto prima d'introdursi il beneficio dello inventario, il beneficio della separazione de' patrimonii (L. 4, princip. ff. de Separationibus.)

La nostra antica giurisprudenza francese ammise sempre siffatta istituzione (confr. Potbier, *delle Success.,* cap. V, art. 4; Lebrun, lib. IV, cap. II, sez. I, n. 41 e seg.; Domat, *Leggi civ.*, lib. I, lit. I, sez. IX).

E la legislazione intermedia l'aveva puramente conservata, rimettendosi alle leggi che la regolavano (confr. art. 44, n. 4 della legge del dì 41 nebbioso anno VII; Merlin, *Quest. di diritto*, v. *Separaz. de' patrim.*, §§ 4 e 2).

4359. — Gli autori del Codice Napoleone neppur potevano non ritenerla; e di fatti ne fermarono le regole, sia nel titolo *delle successioni* (art. 878 — 884 — 798 — 801), sia nel titolo *de' Pri:ilegi e delle ipoteche* (art. 2441 — 4997).

4360. — Un tempo Lebrun insegnava *questa separazione essere una materia non iscestra di difficoltà (loc. supra cit.)*

Tale osservazione è ancora oggidì sventuratamente ben fondata.

Ciò che affermammo intorno al beneficio dello inventario, cioè non aver formato nel nostro Codice l'abbietto di un ordinamento sufficientemente compiuto e preveggenze (I. II, n. 234 e 356) conviene affermarlo del pari intorno alla separazione de' patrimonii.

Non solo cotesto si rilevante e delicato subbietto vi venne trattato con estrema brevità ed in guisa da lasciare ancora indecise multiple quistioni, intorno a cui i nostri antichi autori andavano già un tempo in divisamenti altremodo opposti; ma molte novelle quistioni sono sorte inoltre sotto l'impero del nostro odierno diritto.

Abbiamo testè affermato il legislatore del Codice, dopo avere stabilito nel titolo *delle*

SucceSSIONI le regole della separazione de' patrimoni (art. 878 - 884), averne ancora trattato nel titolo de' *Privilegii e delle ipoteche* (art. 2114); ma annodandola molto più intimamente che sino allora non erasi praticato al sistema ipotecario, al certo modificò le regole da lui stesso dapprima fermate.

Sotto qual rapporto ed in qual proporzione? il testo imperfettamente si spiega; ed i lavori preparatorii, in cui tanto spesso rinvengonsi preziosi chiarimenti circa la mente del legislatore, non ci somministrano qui pressappoco verun soccorso!

A segno tale da addivenire oggidì gravissima tesi quella consistente nel conoscere qual sia realmente lo stesso carattere della separazione de' patrimoni, particolarmente rispetto agli immobili, e quali sieno i suoi effetti? (*infra*, n. 204, 202).

Questa medesima tesi appartiene, sotto molti rapporti, al sistema ipotecario: quindi uno de' nostri onorevoli colleghi ha rimandato al titolo de' *Privilegii e delle ipoteche* lo intero esplicitamente della separazione de' patrimoni (ved. Taulier, t. III, p. 382).

In vero tornerebbe impossibile, senza trascorrere a considerevoli digressioni, lo imprendere ad esporre qui la compiuta teoria della separazione de' patrimoni ne' suoi rapporti col sistema ipotecario, e neppur noi intendiamo trascorrervi.

Non pertanto, nel differire al titolo de' *Privilegii e delle ipoteche*, la spiegazione più speciale dell'art. 2114, presenteremo qui una generale esposizione della separazione de' patrimoni, dietro il ravvicinamento degli art. 878 ad 884 con l'art. 2114.

4364. — A tale effetto successivamente esamineremo:

I. Da chi? — Contro chi? — Di quali beni? — Ed in qual forma la separazione de' patrimoni può dimandarsi?

II. In quali casi? — Durante quanto tempo? — E sotto quali condizioni?

III. Quali ne sono gli effetti?

I.

Da chi? — Contro chi? — Di quali beni? — Ed in qual forma la separazione de' patrimoni può dimandarsi?

SOMMARIO

1362. — Esposizione generale delle forme della separazione de' patrimoni per diritto romano o per antico diritto francese.

1363. — A. Ogni creditore della eredità ed ogni legatario

può dimandare la separazione de' patrimoni.

1364. — De' creditori il cui titolo ha una privata scrittura o i quali sieno sfermati di titolo.

1365. — De' creditori privilegiati e ipotecari.

1366. — De' creditori a termine o condizionali.

1367. — De' creditori di rendite perpetue o vitalizie.

1368. — I legatari possono pure dimandare la separazione de' patrimoni.

1369. — Del caso in cui fra più coeredi non fosse credore del defunto o legatario per ante parte.

1370. — La separazione de' patrimoni può dimandarsi da ciascuno de' creditori della eredità e da ciascuno de' legatari individualmente.

1371. — I creditori dell'eredità non possono dimandare la separazione de' patrimoni contro i creditori della eredità. — Spiegazione.

1372. — Nondimeno forse i creditori dell'eredità non potrebbero impugnare la sua accettazione per causa di frode o farla rievocare in forza dell'art. 1167?

1373. — B. Contro chi la separazione de' patrimoni può dimandarsi? È rilevante innanzi tutto, su tal punto, il distinguere la dimanda avuta per oggetto la conservazione del diritto di esercitare la separazione de' patrimoni dalla dimanda avuta per oggetto lo stesso sperimento di questo diritto.

1374. — Continuazione.

1375. — La separazione de' patrimoni non è diretta contro lo stesso erede, ed i creditori del defunto ed i legatari non hanno bisogno di dimandarla contro di lui.

1376. — Continuazione. — Esempio. — Applicazione.

1377. — La separazione de' patrimoni può dimandarsi contro ogni ereditore dell'eredità.

1378. — Continuazione. — Quid relativamente a' creditori quali, dietro ordine dell'eredità, avessero eseguito lavori su gli immobili ereditari o avessero fatto spese per la conservazione di una cosa della eredità?

1379. — Il creditore, essendo men favorevole del defunto può dimandare la separazione de' patrimoni avverso il creditore, anche più favorevole, dell'eredità.

1380. — È forse necessario che i creditori del defunto dimandino la separazione de' patrimoni contro i legatari, per essere soddisfatti, in preferenza di essi, su' beni della eredità?

1381. — I creditori del defunto ed i legatari potrebbero ostandosi trovarsi obbligati a dimandare la separazione de' patrimoni contro altri creditori del defunto o contro altri legatari. — Esempio.

1382. — La separazione de' patrimoni può dimandarsi, sia collettivamente contro tutti i creditori dell'eredità, sia individualmente contro taluno, o soltanto contro un solo di essi.

1383. — Del pari che può dimandarsi contro i creditori di uno degli eredi soltanto senza dimandarsi contro i creditori dell'altro.

1384. — È uopo comprendere qui, sotto la denominazione di eredi, tutti i successori universali o a titolo universale del defunto.

1385. — La separazione de' patrimoni può forse dimandarsi contro i creditori del cessante de' diritti successori di un erede?

1386. — C. Il beneficio della separazione de' patrimoni si

applica unicamente a' beni del defunto; ma del pari si applica a tutti i beni del defunto.

1387. — Continuazione.

1388. — Continuazione.

1389. — Continuazione.

1390. — Continuazione. — *Quid* rispetto a' frutti naturali o civili, che i beni ereditari potevano produrre dopo la morte del defunto?

1391. — Continuazione. — *Quid* relativamente a' crediti pertenenti al defunto contro l'erede?

1392. — *Quid*, relativamente al prezzo ancor dovuto da' beni alienati dall'erede?

1393. — Il diritto di dismettere la separazione de' patrimoni si applica, sia collettivamente a tutti i beni del defunto, sia individualmente a ciascuno di tali beni riservati.

1394. — D. In qual forma la separazione de' patrimoni debba dimandarsi?

1395. — Continuazione.

1396. — Continuazione. — Distinzione.

1397. — A. Del caso in cui trattasi, pe' creditori del defunto a' legatari, di esercitare effettivamente il diritto di preferenza risultante dalla separazione de' patrimoni.

1398. — B. Del caso in cui trattasi, pe' creditori del defunto e legatari, non di esercitare lo stesso diritto, ma d'impedire la prescrizione mercò provvedimenti conservativi.

1399. — I. De' provvedimenti conservativi, che possono prendersi rispetto agli immobili della eredità. — Della iscrizione. — E forse necessaria una domanda?

1400. — Continuazione.

1401. — II. Relativamente a' mobili il Codice è silenzioso intorno a' provvedimenti conservativi che i creditori del defunto ed i legatari potrebbero prendere. — Motivo — Conseguenza.

1402. — Continuazione.

1403. — Continuazione.

1404. — Continuazione. — I creditori del defunto ed i legatari possono forse dimandare che l'erede sia tenuto d'impiegare lo importare de' mobili ereditari ovvero dare, sia cauzione, sia ipoteca?

1405. — Continuazione.

4362. — È nostro proponimento esaminare dapprima, da chi, - contro chi, - di quali beni, - ed in qual forma la separazione dei patrimoni possa dimandarsi.

La ragione, che ne induca a riunire queste varie quistioni, si è il sussistere tra esse, come ravviseremo, un'abbastanza grande affinità.

Esse di fatti hanno primamente di comune la regola che le riguarda, nel nostro diritto francese, essere diversa dalla regola che le riguardava per diritto romano.

In Roma la *separatio bonorum* era un collettivo provvedimento, *communis cautio* (L. 4, ff., h. t.), che separava nel tempo stesso la massa de' creditori del defunto dalla massa de' creditori dell'erede, e la massa de' beni del

defunto dalla massa de' beni dell'erede: tal separazione delle persone e delle cose veniva pronunziata con decreto del Pretore; per modo da esservi in avvenire due classi di creditori e due patrimoni: *Creditorum Seji... creditorum Titii... et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem*. Era questo, come ben si ravvisa, un sistema pressapoco simile a quello del beneficio dello inventario, ovvero al moderno sistema del nostro fallimento. E di fatti; appo i Romani, la separazione dei patrimoni supponeva un erede dispoiglio de' beni suoi per lo effetto de' razzi di esecuzione: « *qui patitur bonorum venditionem* » (L. 1, princ. ff. de Separat.; ved. pure il titolo del Codice de *Bonis auctoritate iudicis possidendis, seu venundandis, et de separationibus bonorum*: confr. Blondeno; p. 481 e seg.; Cabanots, *Rev. di legist.*, 1836, p. 27 e seg.; Hureau, *Studi storici e crit. su la separaz. de' patrimoni*, Rivista di diritto franc. e stran., 1846, t. III, p. 447 e seg., e p. 497 e seg., Dollinger, *della Separaz. de' patrimoni*, Rivista crit. di legist., 1859, t. XIII, p. 140 e seg.)

Già la nostra antica giurisprudenza francese erasi dipartita da quelle tradizioni; e la separazione de' patrimoni, ben lungi dal mostrarsi sotto questa forma collettiva e generale, vi assumeva piuttosto il carattere di azione individuale e particolare, sia circa le persone, sia circa i beni.

E sembra indubitato altresì nessuna speciale procedura esservi necessaria; avvegnachè, so è vero esservi un tempo ricorso a lettere di Cancelleria per ottenere la separazione, Lebrun attesta trovarsi ciò abolito per un uso contrario...; non esservi dimanda di separazione, essendo di pieno diritto la separazione appo noi, e non soggetta a dimanda (lib. IV, cap. I, sez. I, n. 24, 25).

Avvisimo tornare agiove il dimostrare, intorno alle quattro quistioni costituenti qui l'obbietto del nostro studio, il Codice Napoleone aver preferito il sistema del nostro antico diritto francese al sistema del diritto romano.

4363. — A. E primamente da chi la separazione de' patrimoni può dimandarsi?

L'art. 878—798 dispone:

« Essi possono (i creditori ereditari) dimandare la separazione del patrimonio del defunto dal patrimonio dell'eredità in qualunque caso e contro qualunque eredità ».

E, a norma dell'art. 2114 — 4997:

« I creditori ed i legatarii che dimandano la separazione del patrimonio del defunto, in conformità dell'art. 878 del titolo delle Successioni conservano riguardo a' crediti degli eredi o rappresentanti del defunto, i loro privilegi, ec. »

Da questi testi puossi desumere una regola assai precisa, cioè la separazione de' patrimoni potersi dimandare da ogni creditore ereditario e da ogni legatario, senza eccezione, sotto la condizioe però di giustificarsi il credito o il legato (ved. nondimeno decis. C. di Orléans 12 dic. 1818. Salomon, D., 4849, II, 109).

4364. — Affermiamo la separazione de' patrimoni potersi dimandare da ogni creditore ereditario.

In vero i testi in esame sono generali; ed il motivo essenziale su cui il beneficio medesimo è fondato non permette eccettuarne alcuno de' creditori ereditarii.

Consequentemente poco monta la forma del titolo, la causa e l'origine del credito, o le varie modalità onde potrebbe trovarsi gravato.

Chi sia possessore di un titolo in privata scrittura può invocarlo al pari di chi trovisi munito di un titolo autentico; e comunque l'art. 678 sembri concatenarsi, per una specie di transizione, all'art. 877 — 797, in cui trattasi di creditori muniti di titoli esecutivi pure torna manifesto essere applicabile per contrario a tutti i creditori indistintamente.

In vero ad evidenza la separazione de' patrimoni addivene più necessaria precisamente per quelli fra' creditori del defunto che godano minori garentie!

Laonde è forza statuire lo stesso creditore, il quale non abbia alcun titolo, val dire alcuna scrittura, aver sempre parimente il diritto di dimandare la separazione de' patrimoni; salvo però il prendere a tale effetto, secondo i casi, i necessari provvedimenti. Laonde potrebbe leglisi permiettere di citare l'erede a breve termine (art. 872 C. pr. — 793), eziandio durante i termini conceduti per distendere inventario e deliberare, ad obbietto di ottenere, se non una immediata condanna, almeno il provvisorio riconoscimento del suo diritto o della sua pretensione; anzi avvisiamo nulla nella legge opporsi al venire autorizzato, dietro istanza, come in materia di sequestro presso terzo, a prendere iscrizione su gli immobili della eredità o adoperare ogni altro provvedimento conservativo di tal genere

(arg. dell'art. 558 C. pr. — 648; confr. Duranton, t. VII, n. 492; ved. nondimeno Dufresne, n. 69).

4365. — Neppure è da distinguere i creditori chirografarii, privilegiati o ipotecari.

Indubitabilmente il creditore ereditario, il quale abbia cautele sufficienti e beno acquistato; può non avere interesse a dimandare la separazione de' patrimoni (confr. decis. C. di Parigi 30 giugno 1830, Merillon, D, 1831, II, 95; di Grenoble 41 marzo 1854, Vallet, Dev., 1854, II, 737).

Ed è questa la ragione per cui Pothier insegnava un tempo essere inutile tal diritto di separazione, secondo il sistema ipotecario di talune consuetudini (delle Success., cap. V, art. 40; confr. Cabanots, Rivista di leg. 1836, t. VI, p. 31).

Ma primamente in diritto torna manifesto il creditore privilegiato o ipotecario della eredità andar compreso, come il creditore chirografario, ne' termini generali degli articoli in esame.

Ed eziandio in fatto spesso può accadere avere interesse anche a dimandare la separazione de' patrimoni, sia per ottenere un diritto di preferenza su quei beni della eredità non colpiti dal suo privilegio o dalla sua ipoteca, sia per ottenere cotesto diritto di preferenza relativamente a crediti accessori, come interessi ed annualità non garentiti da iscrizione; sia finalmente per eliminare taluni creditori dell'eredità, come quelli, per esempio, di cui trattasi nell'art. 2104 — 1970, i quali potrebbero avere un privilegio preferibile al suo (confr. Domat, Legg. civ., part. I, lib. III, tit. II, sez. I; Toullier, t. II, n. 539; Duranton, t. VII, n. 470; Chabot, art. 878, n. 4; Belosi Jolimon, osserv., n. 9-41; Dufresne, della Separaz. de' patrimoni., n. 9-41; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 210).

Per lo stesso motivo il diritto di dimandare la separazione compete eziandio al creditore garentito da cauzione; dappoichè, stipulando una cautela, non ha apparentemente voluto diminuire gli altri suoi diritti; e poi in ultima analisi il fideiussore non può forse divenire insolubile!

4366. — Similmente la separazione de' patrimoni può dimandarsi da creditori a termine, prima della scadenza del termine medesimo, del pari che da quelli il cui credito sia attualmente esigibile (confr. decis. C. di Lione 21 lug. 1835, Lacour, Dev., 1836, II, 465);

E dai creditori condizionali, prima dello a v rimento della condizione, del pari che da creditori puri e semplici (confr. il tomo III, n. 298; L. 4, *prin.*, ff. de *Separat.*; arg. dall'art. 1180 — 1183; Pothier, *della Success.*, cap. V, art. 4; Merlin, *Rep.*, v. *Separat. de' patrim.*, § 2, n. 2; Pouljol, art. 878, n. 2; Zachariae, Massé e Vergé, t. II, p. 330).

Se non cho allora vi sarebbe luogo ad ordinare, secondo le circostanze, sia che lo importare del credito venisse depositato nella cassa de' depositi, sino a quando la condizione si avveri o svanisca; sia che gli altri creditori il riscuotessero, con obbligo di prestar cauzione di restituirlo, se in condizione si avveri; sia finalmente che lo stesso creditore condizionale il riscuotesse, con obbligo del pari di restituirlo, se la condizione non si avveri (confr. Duranton, t. VII, n. 471; Dufresne, n. 22, 23).

1367. — Tornerebbe indubitato lo stesso diritto competere parimente o' creditori di rendite perpetue o vitalizio, del pari cho ai creditori di capitali esigibili.

Ed in questi casi è necessario la garentia de' creditori medesimi venire assicurata mercè provvedimenti tali che un capitale sufficiente de' beni ereditarii resti destinato al pagamento della rendita (*infra*; n. 146.).

1368. — I legatarii, al pari de' creditori del defunto, possono eziandio dimandare la separazione de' patrimoni.

Però i legatarii a titolo particolare; dappoichè gli stessi legatarii a titolo universale reputansi essere *loco haeredum*; è non abbisognano della separazione de' patrimoni per eluinarne, dopo la divisione, ogni pretesione da parte de' creditori de' loro coeredi su' beni loro spettati (art. 883 — 803, confr. il tomo II, n. 521, Cabantons, *loc. supra cit.*, p. 39; Mourlon, *Ripet. acrit.*, t. II, p. 493; ved. nondimeno Dufresne, n. 20).

Tal beneficio fu sempre, sin dalla sua origine, concessa a legatarii, sia per diritto romano (L. 4; § 1, L. 6, *prin.* ff. h. t.), sia per nostro antico diritto francese (Pothier, *della Success.*, cap. V, art. 4).

E tanto di fatti richiedeva lo essenzial principio della subbietta materia il principio medesimo si è i beni della eredità costituire, di rispetto a creditori dell'erede, il pegno speciale di quelli i cui diritti provegono dal defunto: or i legatarii, se lo stesso defunto non obbligossi verso di loro, ripetono al cer-

to i loro diritti dalla volontà sua, e quindi egli no medesimi son creditori della eredità.

Dunque tornava impossibile negarsi loro dal Codice Napoleone il diritto di dimandare la separazione de' patrimoni; e conseguentemente lice affermare i nostri articoli del titolo *delle Successioni* (878-880—798 800, i quali fanno menzione de' soli creditori, avere, in questa speciale materia, compreso altresì, sotto tal denominazione, i legatarii; *legatum quasi res a'ieuum exigitur*, dichiarava l'imperatore Antonino, precisamente in tal congiuntura (L. 4, Codice *de Bonis eorum judic. poss. dendi*, confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 210).

Cheocchè ne sia, l'art. 2111 — 1997 ha n-mosso, su tal punto, ogni specie di dubbio.

1369. — Altronde nulla si oppone, quando sieno più eredi, al dimandarsi da quello fra essi il quale fosse creditore del defunto o legatario per ante parte, avverso i creditori de' suoi coeredi, la separazione de' patrimoni, sia pel suo credito, se ne abbia impedito la confusione con accettazione col beneficio dello inventario, sia, in caso di accettazione pura e semplice, per la porzione eccedente la sua quota contributiva no' debiti e non estinta per confusione (art. 1300 — 1251, confr. L. 7, Codice *de Bon auctor jud. poss.*, Pothier, *della Success.*, cap. V, art. 4, Toullier, t. II, n. 539, Duranton, t. VII, n. 472; Dufresne, n. 43; Zachariae, Massé e Vergé, t. II, p. 330; Aubry e Rau, t. V, p. 210, 211).

1370. — Convien ben riflettere il diritto di dimandare la separazione de' patrimoni competere a ciascuno de' creditori della eredità ed a ciascuno de' legatarii individualmente.

Indubitatamente neppure nulla osta al porsi di accordo per dimandarli congiuntamente tutti i creditori ed i legatarii o parecchi fra essi.

Ma del pari ciascuno di essi ha diritto di dimandarla isolatamente e per conto suo; e di fatti allora la separazione giova, rispetto a' creditori dell'erede, unicamente a quello o quelli fra' creditori della eredità o legatarii che la dimandarono (*infra*, n. 135).

Val diro colesia dimanda poter essere, secondo i casi, ora collettiva, ora individuale (confr. Merlin, *Rep.*, v. *Separat. de' patrim.*, § 2, n. 4; Duranton, t. VII, n. 469; Demante, t. III, n. 219 bis. I, de Fremenville, *della Minore età*, I, 406; Grenier, *della Ipote.*; L

Il. n. 432; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 244; Massé e Vergé, t. II, p. 330).

4371. — A norma dell'art. 881 — 804.

« I creditori di un erede non sono ammessi a domandare la separazione de' patrimoni « contro i creditori dell'eredità ».

Era questa la dottrina de' romani giuriconsulti (confr. L. 1, § 2, ff. *de Separat.*).

Ma la nostra antica giurisprudenza francese non l'aveva unanime ammissa; e per contrario era un tempo appo noi questione oltremodo controversa se i creditori dell'eredità potessero domandare la separazione de' patrimoni avverso i creditori della eredità. Parecchi sostenevano cotesta reciprocanza esser logica e segnalamente equa: era questa segnalamente la opinione professata da Domat (*Leggi civ.*, lib. III, tit. II, sez. I, preambolo), e dal presidente Espiard (sopra Lebrun lib. IV, cap. II, sez. I, n. 46); e sembra anzi la più diffusa pratica esservi unisima; ma Lebrun, nello ammettere « esser quella usanza del foro », vi scorgeva « soltanto una certa pratica o cattiva tradizione », e vigorosamente sosteneva per massima il diritto di domandare la separazione de' patrimoni non dover si concedere a' creditori dell'eredità (loc. *supra cit.*) Tal sentimento era pur quello professato da Pothier (*delle Success.*, cap. V, art. 4, ed *Introd. al tit. XVII dell'a Cons. di Orleans*, n. 440).

Il nostro art. 881 ha sancito la dottrina romana tal quale venne propugnata da Pothier e da Lebrun; ed in vero avvisiamo cotesta dottrina essere giuridicamente da preferire.

Di fatti da un lato, se il beneficio della separazione de' patrimoni vien concesso a' creditori dell'eredità, la ragione si è aver perduto il loro debitore ed esser questo per essi incontrastabilmente un mutamento gravissimo: or per contrario nulla trovasi immutato nella posizione de' creditori particolari dell'eredità, i quali han sempre lo stesso debitore: dunque non evvi alcuna ragione per soverchiar loro sì in questo che in altro caso qualsivoglia.

D'altro lato il debitore, per l'unica circostanza di esser debitore, non è incapace di contrarre novelle obbligazioni: or il debitore, il quale accetti una eredità, non fa altra cosa: e quindi si vale di un diritto, di cui i suoi particolari creditori accettarono gli eventi! Era precisamente questo il motivo addotto da Ulpiano: *licet alicui adijciendo sibi credi-*

tozem, creditoris sui facere deteriore, conditionem.

Dunque per massima i creditori dell'eredità non possono allontanare dal suo patrimonio la concorrenza de' creditori di una eredità da lui accettata del pari che non potrebbero allontanare la concorrenza di ogni altro novello creditore, venditore o mutuante, verso di cui si fosse obbligato.

4372. — Nulladimeno forse i creditori dell'eredità non potrebbero impugnare la sua accettazione per causa di frode e farla rievocare in forza dell'art. 1467 — 1420?

Tal questione non è più la stessa, e noi l'abbiamo già risolta, nel senso la domanda di separazione de' patrimoni essere ben diversa dall'azione rivocatoria dell'accettazione per causa di frode: della circostanza l'art. 881 — 804 nega la prima a' creditori dell'eredità non conseguiti l'articolo 1467 non permetter loro in questo come in tutti gli altri casi, d'impugnare per causa di frode un atto del loro debitore ad essi nocevole (confr. L. 1, §§ 2 e 5, ff. *de Separat.* ved. del rimanente il tomo I, n. 557).

4373. — B. Ravvisiamo ora contra chi la separazione de' patrimoni possa dimandarsi.

Ma innanzi tutto è rilevante il ben fermare i termini di cotesta questione.

La domanda che può, in tal congiuntore, formarsi da' creditori della eredità o da' legatarii può avere di fatti due oggetti somminamente distinti, e che è essenziale il non confondere.

Essa può avere per obbietto:

Sia la conservazione del diritto di esercitare la separazione de' patrimoni per impedirne la decadenza;

Sia lo stesso esercizio di questo diritto per ottenerne i positivi risultamenti.

Capitolo ci sembra siffatta distinzione; o forse potrà somministrarci la soluzione, e, per dir così, la chiave di più contraversie accerime, le quali si agitano intorno al nostro subbietto, nella dottrina e nella giurisprudenza.

La domanda, avendo per obbietto la conservazione del diritto ed i provvedimenti necessari a tale effetto, ei sembra potersi esercitare, sia contro l'eredità stessa, sia contro i suoi creditori;

Mentre la domanda, avendo per effetto di esercitare il diritto e conseguirne il vantaggio, non può per contrario dirigersi se non contro i creditori dell'eredità.

Ragioneremo ora ora intorno alla domanda

ad obbietto di conservare il diritto, quando esporremo la forma onde la separazione dei patrimoni debbesi dimandare (infra, n. 436 e seg.)

Se non che fin da ora dobbiamo avvertire che, nel disaminare qui contro chi la separazione de' patrimoni possa dimandarsi, ci proponiamo semplicemente per iscopo il determinare contra chi vada effettivamente diretta, ovvero, in altri termini, contro chi produca le conseguenze che le competono.

4374. — Ad evidenza, a voler nostro, nel considerare la separazione de' patrimoni sotto questo ultimo punto di veduta, l'art. 878 — 798 dichiara potersi dimandare contro qualunque creditore.

E l'art. 2144 — 4997 ne somministra la prova quando dispone alla volta sua « i creditori ed i legatari che dimandano la separazione del patrimonio del defunto, in conformità dell'art. 878, conservano, riguardo ai creditori degli eredi o rappresentanti del defunto, i loro privilegi... ec. »

Da siffatti termini della legge discendono due rilevanti proposizioni:

La prima, che la separazione de' patrimoni non va diretta contro lo stesso erede, e che i creditori del defunto ed i legatari non abbisognano di fatti di dimandarla contro di lui;

La seconda, che essa va diretta contro ogni creditore dell'erede, e che i creditori del defunto ed i legatari possono di fatti dimandarla contro ogni creditore dell'erede.

4375. — E primofamente torna incontrastabile la separazione de' patrimoni non andar diretta contro lo stesso erede.

In vero i testi in disamina sono sommamente positivi; ed in tutti i tempi, sin dalla sua più remota origine, la separazione de' patrimoni contrappose sempre i creditori del defunto a quelli dell'erede: « *Creditorum Titii... creditorum Seii*, diceva Ulpiano (L. 1, princ. ff. h. t.); Domat diceva parimente la separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede aver luogo *fra' loro creditori* (Leggi civ., lib. III, tit. II, seg. 1).

La ragione si è esser questa la essenza stessa del suo principio: la separazione de' patrimoni è un privilegio; or chi dice privilegio, dice concorso di creditori: il privilegio, a norma dell'art. 2095 — 1965, è un diritto che la qualità del credito attribuisce ad un creditore di venir preferito agli altri creditori; ed apparentemente dal creditore al debitore

non potrebbesi quistionare di privilegio! Forse il debitore non è tenuto al pagamento, rispetto al suo creditore, su tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri (Art. 2092, 2093 — 1962, 1963).

Fondamentale è cotesto principio.

4376. — In questi ultimi tempi la Corte di cassazione ne fece importantissima applicazione.

Il padre institul l'unico suo figliuolo suo legatario universale, gravandolo di sostituzione, per la porzione disponibile, a pro de' costui figli nascenti, in conformità dell'articolo 4048 — 4003; e soggiunse inoltre la condizione gl' interessi delle somme componenti la sostituzione far le veci al legatario di pensione alimentare, e non essere, come tali, suscettivi di cessione di sequestro.

Al tempo di sua morte lascio creditori; ma costoro non dimandarono la separazione de' patrimoni; e segnatamente non presero iscrizione, in conformità dell'art. 2144 — 4997, su gl' immobili della eredità, entro i sei mesi dal di dell'apertura della successione.

In tale stato di cose gl' immobili furono venduti ed il prezzo che ne provenne servì al pagamento de' creditori: il giudice commissario, dopo avere graduato 1. i creditori ipotecari del defunto; 2. i creditori ipotecari dell'erede legatario universale, graduò; 3. in terzo luogo, per contributo e pro rata, i creditori chirografari dell'uno e dell'altro.

Ma questa ultima graduazione veniva accordata eventualmente, e pel caso in cui il legatario universale, gravato di sostituzione, morisse senza figli.

Ben si comprende i creditori particolari del legatario universale andar graduati sotto questa condizione; dappoichè i beni legati al loro debitore potettero regolarmente divenire lor pegno sotto la stessa condizione onde unicamente il loro debitore ne fu investito (confr. art. 581 C. pr. — 671);

Ma avveniva forse lo stesso de' creditori del defunto?

La Corte di Parigi aveva così divisato; ed il seguente è il motivo da lei addotto:

Il principio si è l'accettazione para e semplice della eredità da parte dell'erede o legatario universale confondere i beni del defunto con quelli dell'erede, come del pari i creditori del defunto co' creditori dell'erede; talchè i creditori del defunto in avvenire reputansi addiventati i creditori particolari dell'erede, non avendo diritto maggiore degli

altri suoi creditori particolari su cotesti due patrimoni in avvenire confusi.

E ben vero i creditori del defunto polere sottrarsi alle conseguenze di tal principio; ma a condizione di dimandare la separazione dei patrimoni;

Or in fatto non l'avevano dimandata; e particolarmente non avevano dimandato alcuna iscrizione su gl'immobili ereditari;

Dunque erano rimasti sotto l'impero del principio, a norma di cui non è da distinguere, rispetto all'eredità pura e semplice, i creditori del defunto da' suoi particolari creditori.

Ma siffatta decisione della Corte di Parigi venne cassata; ed avvisiamo doverlo essere; avvegnachè la dottrina da essa sancita costituiva, conviene confessarlo, una trasgressione di tutti i testi e di tutti i principii.

Di fatti l'eredità o il legatario universale, il quale è *loco haereditis*, consegue i beni della eredità con l'obbligo personale di pagare i debiti rimasti del defunto; tale obbligazione, cui l'eredità o ogni altro successore universale va sottoposto, è la stessa obbligazione alla quale il defunto medesimo andava soggetto, val dire una obbligazione personale (art. 724, 874, 1009 1012 — 645, 792, 935 966);

Or apparentemente lo stesso defunto non avrebbe potuto esimersi, rispetto a' suoi creditori, dalla obbligazione di pagare i suoi debiti su tutti i suoi beni (art. 2092, 2093 — 4962, 4963).

Dunque non ha potuto neppure, mercè disposizione universale a titolo gratuito, esonerarne il suo erede o legatario universale, nè far rimanere una porzione della universalità del suo patrimonio presso il suo successore immune dai procedimenti de' suoi creditori non soddisfatti.

Questa dimostrazione prova, a parer nostro, decisamente la separazione de' patrimoni non andar diretta contro l'eredità ed i creditori del defunto ed i legatarii non abbisognare di dimandarla per conservare intatti contro di lui tutti i loro diritti su la integrità de' beni ereditarii, i quali costituiscono il loro pegno (confr. arresto C. cass. 17 marzo 1856, Afforty, Dev., 4856, I, 593; ed un notevole articolo di Nicias Gaillard, nella *Rivista crit. di legislaz.*, 4856, t. VIII, p. 193 e seg.).

1377. — Dunque contro i creditori dell'eredità la separazione de' patrimoni può essere

necessaria; e di fatti contro di essi soltanto va diretta.

Ma del pari può dirigersi contro qualunque creditore dell'eredità (Art. 978; arg. art. 2114).

Questa espressione è assoluta e non comporta alcuna eccezione.

Era pur questo il diritto romano, il quale non concedeva il beneficio a tutti i creditori ereditari *et adversus fiscum et municipales* (L. 1, § 4. ff. h. t.); ed il nostro antico diritto francese il concedeva loro similmente avverso tutti i creditori dell'eredità *qualivogliano!* affermava Pothier (*delle Success.*, cap. V, art. 4).

Dunque non è da preoccuparsi del favore che potrebbe meritare la persona del creditore dell'eredità o la qualità del suo credito.

Laonde la separazione de' patrimoni può dimandarsi:

Sia avverso la stessa moglie dell'eredità, creditrice del marito per la dote sua e le sue nuziali precapienze, o contro il minore e l'interdetto, di cui l'eredità avesse avuto la tutela; sia contro i creditori eziandio più importanti dell'eredità, come quelli cui l'art. 2101 1970 concede un privilegio generale su' mobili o gl'immobili del debitore (confr. Demante, *Temi*, t. VI, p. 251 e seg.; Chabot, art. 878, n. 9; Duranton, t. VII, n. 469; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 213).

Questa ultima proposizione venne oppugnata da Dufresne (*della separaz. de' patrimoni*, n. 46).

Ma le stesse distinzioni cui quello autore sottopone la sua dottrina, secondo che l'eredità avesse o pur no conseguito il possesso dei mobili ereditarii, oppure secondo che i crediti dei quali parla l'art. 2101 nascessero in testa dell'eredità, prima o dopo la dimanda di separazione de' patrimoni, siffatto arbitrarie distinzioni, diciamo, dimostrano la intera dottrina dipartirsi dai dettami della legge, ed il vero si è, per quanto meritevoli di favore sembrano i creditori dell'eredità di cui trattasi, potere esercitare procedimenti soltanto sui beni dell'eredità: or la separazione de' patrimoni produce lo effetto precisamente i beni della eredità andar risguardati come beni dell'eredità sol dopo soddisfatti i creditori del defunto.

1378. — Lo stesso autore soggiugne esser mestieri ancora eccettuare dalla disposizione dell'art. 878 alcuni crediti, i quali sembrano, egli dice, *doversi collocare in una classe distinta*.

Ed egli adduce ad esempio i creditori indicati nei numeri 4 e 5 dell'art. 2103 — 1972 i quali dietro ordine dell'erede, avessero eseguito lavori su gl'immobili ereditari, ed i creditori di spese fatte dall'erede per la conservazione della cosa, ne' termini del numero 3 nell'art. 2102-1974 (n. 40, *supra*).

Cotesta duplice proposizione ci sembra questa volta assai ben fondata.

Ma il vero si è non costituire essa una eccezione alla regola, come viene sancita dall'art. 878, per la ragione assai validamente adottata da' nostri dotti colleghi Aubry e Rau, cioè le persone cui van dovuti i pesi della eredità dovendosi, in materia di separazione de' patrimoni, assimilare a' creditori non dell'erede, ma del defunto (sopra Zachariae, t. V, p. 213; agg. Demante, *Temi*, loc. *supra cit.*).

1379. — Dal fin qui esposto conseguita il creditore, eziandio meno meritevole di favore, del defunto poter dimandare la separazione de' patrimoni avverso il creditore, anebe più meritevole di favore, dell'erede; il semplice creditore chirografario del defunto, per esempio, avverso il creditore ipotecario o privilegiato dell'erede.

Siete forse creditore del defunto?

Questo titolo è sufficiente, ed è manifesto che doveva esserlo.

1380. — È forse necessario dimandarsi da' creditori del defunto la separazione de' patrimoni contro i legatarii per venire soddisfatti in preferenza di essi, su' beni della eredità?

Potrebbe sembrare, a primo aspetto, siffatta condizione non essere necessaria, sia in conformità del testo degli art. 878 e 2111, i quali stabiliscono la separazione de' patrimoni contro i creditori dell'erede, sia a norma del principio di diritto e di equità i legati dovendosi soddisfare su' beni, e non esservi beni senza preventivamente estinguere i debiti: *Nemo liberalis, nisi liberatus!* (confr. all'uopo decis. C. di Rouen 16 lug. 1844, *Hauchecorne*, Dev., 4845, II, 360; Delvincourt, t. II, p. 33, nota 7; Toullier, t. II, n. 5365, 37).

Ma questo primo divamento tornerebbe affatto mal fondato; ed è agevole dimostrare per contrario i creditori del defunto potere ottenere la preferenza sui legatarii solo dimandando contro di essi la separazione de' patrimoni.

1. Di fatti, mercè la pura e semplice accettazione della eredità, l'erede trovasi obbligato personalmente verso i legatarii del pari che

verso i creditori (art. 724, 874, 1017 — 615 792, 974);

Or da un lato chiunque obbligossi personalmente è tenuto adempiere alla sua obbligazione su tutti i suoi beni, mobili ed immobili, presenti e futuri; e d'altro lato i beni della eredità, in avvenire confusi con gl'altri beni dell'erede, formano un solo patrimonio costituente il pegno comune di tutti i suoi ereditari, tranne quando sieno tra essi cause legittime di preferenza (art. 2092, 2093 — 1862, 1963);

Dunque i legatarii, divenuti in avvenire creditori personali dell'erede allo stesso titolo, comunque in forza di causa diversa da' creditori del defunto, ed i creditori particolari dell'erede, in avvenire confusi, hanno, al pari di essi, gli stessi diritti competenti a tutti i creditori su tutti i suoi beni indistintamente (ved. il tomo I, n. 522).

2. Questo sillogismo ci sembra ineluttabile; e dimostra nel tempo stesso l'argomento che si volesse desumere in senso opposto, sia dagli art. 878 e 2111, sia dalle regole del diritto e della equità, non essere menomamente ben fondata.

Gli art. 878 e 2111, dicesi, stabiliscono la separazione de' patrimoni contro i creditori dell'erede — Indubitatamente; ma precisamente noi dimostrammo i legatarii essere divenuti, per effetto della pura e semplice accettazione, i diretti e personali creditori dell'erede, aventi gli stessi diritti degli altri suoi particolari creditori. Dunque che mai debbesi affermare? il vocabolo *creditori*, adoperato, negli articoli in esame, dinotare tutti coloro verso di cui l'erede stesso trovasi personalmente obbligato, ed i quali hanno conseguentemente interesse a prevalersi, da parte sua, della confusione de' patrimoni (ved. pure il tomo II, n. 297).

È relativamente alla massima: *nemo liberatus, nisi liberatus*, è al certo di per sé sommaramente giusta ed equa, ma è mestieri riflettere non trovarsi sancita in alcun luogo sotto una formula cotanto generale e vaga.

Tutto l'opposto! la regola si è, quando i patrimoni del defunto e dell'erede sieno confusi, e sino a quando rimangano confusi, non esservi alcuna preferenza possibile a pro dei creditori del defunto contro i legatarii.

Dunque di che è uopo per poter sorgere ed esercitarsi cotesta preferenza?

È necessario precisamente che la confusione cessi, che i creditori del defunto concor-

rano, in controposto de' legatarii, su' beni del defunto soltanto, considerati quindi come di stinti da beni particolari dell'eredità.

Tanto avviene, come osservammo, nel caso in cui l'eredità abbia accettato col beneficio dello inventario (confr. il t. III, n. 295).

È tanto può avvenire parimente nel caso medesimo di accettazione pura e semplice, quando i creditori del defunto dimandano avverso i legatarii la separazione de' patrimoni.

Ma è pur forza che la dimandino!

Dalle quali cose conseguita che, se non l'avessero dimandata, dovrebbero per contributo concorrere co' legatarii su' mobili della eredità; e che, se non avessero preso iscrizione in conformità dell'art. 2111, rimarrebbero primeggiati su' immobili della eredità da' legatarii in forza della ipoteca legale loro conceduta dall'art. 4017 — 974 (confr. arresto C. cass. 9 dic. 1823, Roussel, Sirey, 1824, I, 108, decis. C. di Grenoble 21 giugno 1844, Perret, Dev., 4842; II, 355, Demante, t. II, n. 219 bis, III; Fournet de Conflans, art. 880, n. 2; Duffresne, n. 37 e 60; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 224).

1381. — Gli stessi motivi dimostrano che i creditori del defunto o legatarii potrebbero trovarsi obbligati a dimandare la separazione de' patrimoni eziandio avverso altri creditori del defunto, o contro altri legatarii.

Tanto avverrebbe se l'eredità avesse conceduto ad uno de' creditori del defunto o ad uno de' legatarii qualche speciale cautela su' beni della eredità, da cui emorgerebbe a suo pro una causa di preferenza.

È manifesto che gli altri creditori del defunto o gli altri legatarii, i quali volessero impedire l'effetto di tal causa di preferenza, potrebbero riuscervi soltanto mercè dimanda di separazione de' patrimoni.

1382. — La separazione de' patrimoni può dimandarsi, sia collettivamente contro tutti i creditori dell'eredità, sia individualmente contro alcuni ovvero soltanto contro un solo fra essi.

Quindi i creditori del defunto potrebbero consentire al venir soddisfatti taluni creditori dell'eredità, meritevoli di favore e poco importanti, come quelli, per esempio, di cui parla l'art. 2101 — 1970, in concorrenza con essi ed eziandio in preferenza loro, su' tutti i beni o sopra alcuni beni soltanto della eredità (supra, n. 112).

Gli altri creditori dell'eredità non avrebbero ad evidenza nulla ad opporre a ciò. In vero di

che mai potrebbero dolersi? Tal concessione, da parte de' creditori del defunto verso taluni de' creditori dell'eredità, ben lungi dall'essere nociva agli altri, non può per contrario se non giovar loro, diminuendo di altrettanto lo importare de' crediti, che dovrebbero soddisfarsi su' beni dello stesso erede (confr. Duranton, t. VII, n. 467, Demante, t. III, n. 219 bis, I; Duffresne, n. 39; De Fremenville; de' la Minore età, I, 405; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 213; Massé e Vergé, t. II, p. 331).

1383. — Con maggiore ragione, quando sieno più eredi, non è forse dubbio la separazione de' patrimoni potersi dimandare avverso i creditori di uno di essi, senza dimandarsi contro i creditori dell'altro, secondo le circostanze e la solvibilità di ciascun di essi (infra, n. 435; confr. Duranton, t. VII, n. 468; Demante, Zachariae, Aubry e Rau, loc. supra cit.).

1384. — Sotto la denominazione di *erede* è mestieri altronde comprendere tutti i rappresentanti del defunto (art. 2111), val dire chiunque gli succeda in *universum jus* (confr. il t. III, n. 443 e seg.).

Dunque la separazione de' patrimoni può dimandarsi contro i creditori, sia di un erede legittimo, sia di un successore irregolare, sia di un legatario o di un donatario universale o a titolo universale (confr. decis. C. di Parigi 16 dic. 1848, Robert, D., 1849, II, 421; arresto C. cass. 17 marzo 1856, Afforty, Dev., 1856, I, 593).

1385. — Taluni professano ancora la dottrina la separazione de' patrimoni potersi pur dimandare contro i creditori del cessionario de' diritti successorii di un erede pel motivo il cessionario essere il rappresentante dell'eredità da lui surrogato (confr. decis. C. di Lione 17 nov. 1850, Chevalier, Dev., 1851, II, 345; Vazeille; art. 880, n. 6; Dubreuil, Saggio su la separaz. de' patrim., cap. VIII, § 7, n. 9, il quale invoca in tal senso la decisione della Corte di Aix del 19 feb. 1814, Mathieu).

Ma cotesta dottrina ci sembra di natura tale da dar luogo a gravi obiezioni:

In vero la separazione de' patrimoni può dimandarsi da' creditori del defunto contro i creditori di chi è pure lor debitore; dappoiché è dessa in ultima analisi un privilegio fra' creditori di un debitore comune:

Or il cessionario di diritti ereditarii è un comproprietore a titolo singolare, il quale non è,

rispetto a' creditori ereditarii, il rappresentante dell' erede cedente, ed il quale non diviene lor particolare debitore ;

Dunque i creditori ereditarii non possono domandare la separazione de' patrimoni avverso i creditori del cessionario medesimo (*confr. L. 2, ff., de Separat.*)

Eglio possono indubitabilmente, secondo il diritto comune, domandare, se vi sia luogo, la nullità della cessione per causa di frode (*art. 1167 — 1120*).

Eglio possono ancora, se la cessione non sia frodolenta, domandare contro i creditori dell' erede cedente la preferenza sul prezzo nel caso in cui fosse tuttor dovuto dal cessionario (*infra*, n. 181).

Ma sembra a ciò andar limitati i loro diritti ; e erediamo malagevole lo ammettere poter eglio formare avverso i creditori del cessionario una domanda di separazione de' patrimoni (*confr. decis. C. di Grenoble 19 marzo 1834, Monnier — Pouthot, D., 1832, II. 206; Delvincourt, t. II, p. 56, nota 9; Duranton, t. VII, n. 491; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 216, 217; Dufresne n. 113*).

4386. — C. Relativamente a' beni cui può applicarsi la domanda di separazione de' patrimoni, i termini stessi adoperati ad esprimere esteso beneficio sarebbero sufficienti a determinarli.

Gli art. 878 e 2141 permettono a' creditori ereditarii domandare la separazione del patrimonio del defunto dal patrimonio dell' erede.

E da questa medesima forma conseguita la separazione de' patrimoni potersi di fatti applicare a tutti i beni del defunto, val dire a tutti i beni componenti la eredità, ed i quali costituiscono a questo titolo il pegno speciale de' creditori ereditarii e de' legatarii.

A cotesti soli beni indubitabilmente !

Ma del pari a tutti i beni medesimi !

1387. — Affermiamo dapprima la separazione de' patrimoni potersi applicare a' beni che appartennero al defunto; e ciò torna evidente, dappoichè unicamente tali beni possono considerarsi come il pegno speciale de' suoi creditori e de' suoi legatarii.

Da ciò conseguita la separazione de' patrimoni non applicarsi:

1. A' beni donati tra vivi dal defunto all' erede, e de' quali costui dovesse la collazione a' suoi coeredi; del pari che a' beni donati ai suoi coeredi, e di cui gli fosse dovuta la collazione (*art. 857 — 776* ;

2. Nè a' beni provenienti da azioni di riduzione instituita avverso una donazione tra vivi per causa di lesione della riserva (*art. 921 — 838*).

Osservammo l' erede, il quale accettò col beneficio dell' inventario, non esser tenuto, su queste specie di beni, verso i creditori del defunto ed i legatarii (*tom. III, n. 463*).

Il principio si è, a tal riguardo, assolutamente lo stesso circa la separazione de' patrimoni (*confr. Lebrun, lib. IV, cap. I, sez. I, n. 27; Merlin, Rep., v. Separaz. de' patrim., § 4, n. 2; Delvincourt, t. II, p. 56, nota 4; Duranton, t. VII, n. 493; Demante, t. III, n. 249 bis, II; Chabot, art. 878, n. 4 t. Dufresne, n. 52; Poujol, art. 880, n. 19; Zachariae, Aubry e Rao, t. V, p. 215; Massé e Vergé, t. II, p. 332.*)

4388. — Per lo stesso motivo eziandio la separazione de' patrimoni non potrebbe applicarsi alle somme provenienti all' erede dalle ripersioni civili da lui ottenute contro l' uccisore del *de cuius* (*ved. il tom. III, n. 465*).

4389. — Ma se la separazione de' patrimoni si applica soltanto ai beni appartenuti al defunto, almeno si applica a tutti i beni che gli appartennero:

Dunque ai mobili come agli immobili (*art. 880 — 800*) ;

Alle cose incorporali come alle corporali.

Tutto il titolo della separazione, diceva Lebrun, comprende tutte le specie di beni (*lib. IV, cap. II, sez. I, n. 21*).

4390. — E mestieri affermare eziandio indubitabilmente, a' creditori nostro, la separazione de' patrimoni applicarsi a' frutti naturali o civili, che i beni ereditarii potettero produrre dopo la morte del defunto.

Non pertanto Merlin rammenta la opposta soluzione essersi sancita dal Parlamento di Parigi con decisione del 46 feb. 1694 (*Rep. v. Separaz. dei patrim., § 4, n. 3; ved. eziandio Montvallon, cap. II, art. 47*).

E, sotto l' impero del Codice, contesta soluzione venne pure propugnata da Grenier, il quale insegna « i creditori del defunto non dovere trar vantaggio da' frutti naturali e civili prodotti dai beni della eredità prima della domanda di separazione : » ed adduce il doppio motivo; da un lato i frutti, dal momento in cui vennero percepiti dall' erede, essersi confusi co' suoi beni particolari; e di altro lato non esser mai appartenuti al defunto, essendosi percepiti sol dopo l' apertura della successione (*delle ipot., t. II, n. 436*).

agg. Rolland de Villargues, n. 55; Dubreuil, cap. VI, n. 3; Zachariae, ediz. Massé e Vergé, t. II, p. 332).

Faremo dapprima osservare, relativamente all'autorità dell'antico diritto, che Lebrun insegnava per contrario positivamente i creditori del defunto doversi preferire ai creditori dell'erede su le mercedi de' beni della eredità, comunque le mercedi medesime sieno maturate dopo la morte; e soggiungeva: *I frutti della eredità van sottoposti al pagamento de' debiti del defunto al pari degli stessi immobili*! (Lib. IV. cap. II, sez. I, n. 24).

Ed in vero la dottrina di Lebrun ci sembra la sola ben fondata.

E uopo eliminare di leggieri l'argomento consistente nel sostenere i frutti de' beni della eredità, appena percepiti dall'erede, confondersi co' suoi beni particolari. Se l'argomento medesimo fosse ben fondato applicherebbesi ai frutti percepiti dall'erede dopo la domanda di separazione del pari che a quelli percepiti da lui prima della domanda stessa; e non pertanto l'autore da noi citato conviene che, pe' primi almeno, i creditori del defunto potranno dimandare la separazione de' patrimoni: la ragione si è che effettivamente il solo fatto della percezione da parte dell'erede de' frutti ereditarii non potrebbe considerarsi produrre di necessità confusione de' frutti medesimi co' suoi beni particolari: tal confusione sarà indubitabilmente possibile, anzi, se vogliasi, abbastanza frequente; ma è sempre vero esser questa una questione di fatto; e conseguentemente la regola debbe essere per contrario gli eredi del defunto poter dimandare la separazione de' patrimoni relativamente ai frutti percepiti dall'erede su' beni ereditarii, quante volte potranno comprovarsi l'origine e la identità di tali frutti.

Ma, dicesi, i frutti medesimi non appartennero mai al defunto: quindi non furono mai il pegno de' suoi creditori.

Tale obbiezione ha qualche cosa di più specioso; ma è agevole dimostrare essa medesima disconoscere lo essenzial principio della subbietta materia.

La separazione de' patrimoni di fatti ha per iscopo e risultamento, sotto alcuni rapporti, di risolvere fittiziamente la trasmissione ereditaria, e conseguentemente la proprietà dell'erede su' beni del defunto. ed è questa la ragione per cui retrogredisce al giorno dell'apertura della successione, come se l'erede non

avesse mai avuto alcun diritto su tali beni.

Or, se vien reputato, nello interesse de' creditori del defunto e de' legatarii, non aver mai avuto alcun diritto su' beni medesimi, non ha potuto acquistarne i frutti; ed è questo il caso per contrario di applicar la massima: *fructus augent haereditatem* (confr. il tomo III, n. 477, ed il tomo IV, n. 475; decis. G. di Caen 26 feb. 1849, Legnédois, Dev., 1849 II, 528; Dufresne, n. 118; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 214, 215; Massé e Vergé, loc. supra cit.)

1391. — Per lo stesso motivo, producendo la separazione de' patrimoni una specie di risoluzione fittizia della trasmissione ereditaria, i crediti pertinenti al defunto contro l'erede risorgono nello interesse de' creditori del defunto e de' legatarii, come se non fossero stati estinti con la confusione (confr. arresto G. cass. 16 luglio 1828, Paulet, D., 1828, I, 330).

Del pari che, reciprocamente, i crediti pertinenti all'erede contro il defunto risorgono puro nello interesse de' suoi particolari creditori (arg. dall' art. 802 — 749; confr. Lebrun lib. IV. cap. II, sez. I, n. 24).

1392. — Ravviseremo ancora il beneficio della separazione de' patrimoni non aadare di necessità circoscritto agli stessi beni in ispecie lasciati dal defunto, e potere per contrario applicarsi, sia al prezzo di tali beni, quando trovinsi ancor dovuto dal compratore all'erede, sia a' beni acquistati in surrogazione, quando la origine e la identità ne sieno indubitate (infra, n. 181).

1393. — Altroode il diritto di dimandare la separazione de' patrimoni può applicarsi:

Sia collettivamente a tutti i beni, val dire alla stessa intera universalità ereditaria;

Sia individualmente a ciascuno de' beni di cui questa universalità si compone.

La espressione separazione de' patrimoni parrebbe a dir vero implicare la idea di un provvedimento generale e collettivo, che comprenda la totalità del patrimonio ereditario; e questo sembra essere stato in Roma, in origine, il suo carattere (supra n. 104).

In Francia abbiam sempre conservato le denominazioni di separazione de' patrimoni..., di dimanda..., di azione di separazione de' patrimoni; e forse non rinvengonsi per una mediocre parte nelle difficoltà sì multiplici e di forma e di merito onde tutto cotesato subbietto si vede assorto!

In vero tali denominazioni supporrebero

un provvedimento generale, uno stabilimento positivo, da ultimo qualche cosa di simigliante più o meno al beneficio dello inventario.

Nondimeno non rinviensi nulla di tutto ciò.

E finalmente la così detta separazione de' patrimoni è un privilegio concesso dalla legge:

A'ereditori del defunto ed a'legatarii, val dire a tutti ed a ciascuno de'creditori del defunto e de'legatarii;

Contro i creditori dell'eredità, val dire contro tutti i creditori dell'eredità e contro ciascuno di essi;

Su'beni del defunto, val dire su tutti i beni del defunto e su ciascuno de'beni medesimi.

In somma dipende da'creditori del defunto e de'legatarii lo esercitatio, avuto riguardo alle circostanze, che danno luogo al conflitto tra essi ed i creditori dell'eredità, e secondo che lo interesse proprio loro il suggerisca:

Sia tutti congiuntamente e collettivamente, sia separatamente, ciascuno per suo particolare conto;

Sia contro tutti i creditori uniti dell'eredità, come per esempio in caso di fallimento di costui, ovvero, se abbia accettato col beneficio dello inventario;

Sia individualmente contro determinati creditori dell'eredità e non già contro tale altro;

Sia finalmente su tutti i beni della eredità o sopra alcuno di essi soltanto.

Talechè un creditore del defunto, dopo avere ammesso il concorso ovvero la preferenza di un creditore dell'eredità sopra un determinato oggetto della eredità, può escluderlo da tale altro;

Del pari che reciprocamente, dopo averlo escluso da una determinata cosa della eredità, può ammetterlo sopra tale altra.

4394. — D. Rimane da ultimo, su questa prima parte della nostra divisione, la questione in qual forma la separazione de' patrimoni debbasi dimandare.

Tal questione non è la men controversa di questo subbietto; e forse non andiamo troppo lungi aggiugnendo, nella dottrina e nella giurisprudenza, riuvenirsi assorta in incertezza ed oscurità.

A norma di un sistema generalmente insegnato, la separazione de' patrimoni dovrebbe costituire l'obbietto di una domanda giudiziale, secondo le ordinarie formalità della procedura: e conseguentemente sarebbe necessario pronunziarsi con sentenza.

È ben vero ammettersi la separazione potersi dimandare, sia per azione principale, sia per eccezione, ed incidentemente ad una domanda di graduazione sul prezzo de'beni ereditarii.

Ma i propugnatori di cotesto sistema sembrano richiederlo sempre, eziandio in questo ultimo caso, una domanda giudiziale ed una decisione *ad hoc*.

Di accordo su tal premessa, si scindono nondimeno profondamente su la questione contro chi debbasi formare tal domanda di separazione de' patrimoni.

Tre precipue opinioni sono seese in campo.

I. I sostenitori della prima insegnano la domanda di separazione de' patrimoni doversi formare contro i creditori dell'eredità, e non contra lo stesso erede.

Cotesta soluzione discende simultaneamente, diceasi, dal testo preciso dell'art. 878 e dal principio l'eredità non potersi considerare nella subbietta materia, come il rappresentante de' suoi creditori, i quali potendo soli soggiacere agli effetti della separazione, han pure soli interesse a contraddire la domanda: l'eredità non ha interesse nè qualità per difendersene! (Confr. decis. C. di Poitiers 8 ag. 4828, Flattron, D., 4828, II, 84; di Bordo 11 dic. 1834, Chesue, Dev., 1835, II, 245; Duranton, t. VII, n. 488, Aubry e Rau sopra Zachariae, t. V, p. 242, 243; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 539, nota a).

II. In conformità della seconda opinione per contrario la domanda di separazione de' patrimoni sarebbe validamente formata avverso l'eredità.

In vero l'eredità, dicano i propugnatori di questa opinione, debbasi qui considerare come il rappresentante necessario de' suoi creditori, sia perchè la separazione de' patrimoni colpisce notabilmente i suoi proprii diritti su'beni ereditarii, sia perchè, se i creditori della eredità potessero agire soltanto avverso i creditori dell'eredità, ne conseguirebbe, nel caso in cui i creditori dell'eredità fossero ignorati, ovvero nel caso in cui l'eredità non avesse attualmente creditori, che il mezzo della domanda di separazione de' patrimoni la quale sotto alcuni rapporti, va circoscritta entro termini di rigore (art. 880, 2441 — 800 e 4937), sfuggirebbe a coloro nel cui interesse fu stabilita.

E ben vero l'art. 878 sembrar supporre, nel suo tenore, la domanda doversi formare contro i creditori dell'eredità; ma è questa una

semplice apparenza: chiunque sia colui avverso il quale la domanda viene diretta, ridonda sempre in ultima analisi contro i creditori dell'erede (confr. decis. C. di Nanci 44 feb. 1833, Guerre, D., 1834, II, 232; decis. C. di Parigi 15 nov. 1856, Equer, Dev., 1857, II, 8; Zachariae, Massé e Vergé, t. II, p. 334; Delvincourt, t. II, p. 56, nota 4; Bessol-Jolimont sopra Chabot, art. 878, osserv. 5; Rolland de Villargues, *Rap. del not.*, v. *Separaz. de' patrim.*, n. 16; Poujol, 878, n. 13; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 762; d., *Rac. alfab.*, v. *Successione*, n. 4444).

III. Finalmente i propugnatori della terza opinione fanno la seguente distinzione:

L'erede ha forse creditori noti?

Precisamente avverso i creditori medesimi la domanda di separazione de' patrimoni debbesi formare.

Non ha forse creditori noti?

La domanda di separazione può formarsi contro di lui medesimo (confr. decis. C. di Parigi 34 lug. 1852, Courtois, Dev., 1852, II, 603; Fonét de Conflans, art. 878, n. 2; Dufresne, n. 6 e 35).

4395. — Non pertanto nessuna di coteste opinioni ci sembra soddisfacente:

I. Quando i propugnatori della prima opinione, per esempio, sostengono i creditori del defunto poter ottenere la separazione de' patrimoni formando una domanda avverso i creditori dell'erede, torna impossibile il non rimanere spaventato a primo aspetto delle considerevoli spese che similgianti procedure possono trar seco, e le quali per lo più rimarranno a carico degli stessi creditori del defunto.

Ma ciò non basta!

E se i creditori dell'erede non sono noti! E se effettivamente l'erede non abbia menomamente creditori!

A tale obiezione i nostri dotti colleghi Aubry e Rau rispondono:

« Indarno obiettesi che lo impone a' creditori della eredità l'obbligo di rivolgere la loro domanda di separazione de' patrimoni avverso i creditori dell'erede, sarebbe rendere tal domanda impossibile in tutti i casi in cui questi ultimi non sieno noti. Di fatti l'esercizio dell'azione di separazione de' patrimoni contro i creditori dell'erede non andando, rispetto agl'immobili sottoposto ad alcun termine perentorio, i creditori della eredità si troveranno sempre in tempo utile per istituirla,

quando i creditori dell'erede si faranno conoscere, e dimanderanno di esser gradati sul prezzo degl'immobili ereditarii. Circa i mobili, l'azion di separazione de' patrimoni è a dir vero irricevibile dopo decorso il triennio; ma è poco probabile che i creditori dell'erede rimangano ignoti durante tutto questo tempo; e se, per straordinario evento, dovesse così accadere, i creditori del defunto si troverebbero rilevati da ogni decadenza in forza della regola: *contra agere non valentem non currit praescriptio*. » (Sopra Zachariae, t. V, p. 242-244).

Ma cotesti argomenti sono, a parer nostro, affatto inammissibili:

Primamente in fatto non vi sarebbe nulla al certo di straordinario nel non apparire i creditori dell'erede pel corso del termine di un triennio. A egion di esempio i crediti non sono esigibili: forse son dessi rendite perpetue o vitalizie, e l'erede debitore ne paga puntualmente gl'interessi e le annuità. Per qual ragione apparire? piuttosto nascondersi, ad obbietto di non provocare ad una domanda di separazione de' patrimoni i creditori di questa eredità, la quale aumenta il pegno del loro debitore!

Ma, dicessi, se i creditori del defunto non abbiano conosciuto i creditori dell'erede, il termine di tre anni in cui debbesi dimandare la separazione, rispetto a' mobili, non sarà decorso avverso di essi; o almeno saranno rilevati dalla decadenza.

Ciò torna ancora molto più impossibile!

L'art. 880 dichiara assolutamente il diritto alla separazione de' patrimoni prescrivere, relativamente a' mobili, col decorso del triennio: esso non distingue se l'erede abbia o pur no creditori noti; e non potrebbesi, senza trasgressione del tesomedesimo della legge, introdursi similgiante distinzione. Altronde i principii vi si oppongono al pari del testo della legge: noi già osservammo in nessun luogo il nostro Codice aver sancito la vaga massima: *contra non valentem agere non currit praescriptio*, ed avere per contrario determinato limitativamente le cause di sospensione della prescrizione (ved. il nostro *Trattato dell'assenza*, n. 439): evvi tanto meno luogo di dipartirsi qui da cotesta regola fondamentale in quanto che da un lato il legislatore, in questo subbietto, volle ad evidenza, per non troppo prolungare la incertezza su lo stato de' beni e su la sorte de' creditori dell'erede, che i creditori della eredità facessero

conoscere, entro un termine prefisso, la loro intenzione di giovare del beneficio della separazione de' patrimoni; e d'altro lato nulla sarebbe più malagevole del dimostrare in fatto che i creditori del defunto non conoscessero la esistenza de' creditori dell'erede.

Soggiugniamo la separazione de' patrimoni potersi dimandare non solo contro i creditori verso cui l'erede trovavasi obbligato, nel momento dell'apertura della successione, ma eziandio contro coloro verso i quali potrebbe obbligarsi dopo quella epoca ed eziandio dopo decorso il triennio a computare dal dì dell'apertura della successione; e quindi il sostenere il termine di tre anni non decorrere contro i creditori del defunto, sino a quando ignorino i creditori dell'erede, è fatalmente giungere ad affermare nessun termine decorrere contro di essi! avvegnachè non possono conoscere però i creditori verso di cui l'erede si obbligasse, per la prima volta, sol dopo trascorso il triennio medesimo!

E ciò dimostra già quanto avremo benosto la occasione di ravvisare vie meglio ancora, val dire non essere uopo pretendere, come si è praticato, la separazione de' patrimoni non avere alcuna influenza su' diritti dello stesso erede: per contrario il vero si è colpire essa, nel più grave modo, i diritti suoi ed il suo credito, relativamente a' beni ereditarij!

II. La seconda opinione per noi esposta sfugge indubitabilmente a' siffatti argomenti: avvegnachè precisamente insegnano i suoi propugnatori la dimanda di separazione dei patrimoni doversi formare contro l'erede personalmente.

Ma noi neppur sapremmo nulladimeno assentirvi.

In vero non è dessa forse contraria al testo medesimo dell'art. 878, in conformità di cui la separazione va diretta contro qualunque creditore dell'erede?

La separazione de' patrimoni è una causa di preferenza fra' creditori dello stesso debitore, e per tutto dire un privilegio: or precisamente quando trattisi fra' creditori delle cause di preferenza, torna manifesto il loro comune debitore non potere rappresentare gli uni avverso gli altri!

E ciò torna siffattamente indubitato che i propugnatori di questa seconda opinione concedono che, se i creditori dell'erede fossero noti, sarebbe necessario porli in causa; e che in tutti i casi avrebbero diritto, sia d'intervenire nel giudizio, sia di formare opposizione

di terzo alla sentenza, se non vi fossero stati parti (confr. decis. C. di Parigi 15 nov. 1856, *Equer, Dev.*, 1857, II, 8; Massé e Vergé sopra *Zachariae*, loc. *supra cit.*, D., *Rac. alfab.*, loc. *supra cit.*.)

III. — Oppugnando la prima e la seconda opinione, abbiamo per la stessa circostanza eziandio oppugnato la terza, consistente nello ammettere, secondo i casi, ora l'una, ora l'altra.

In vero tale opinione, come si è ravvisato, statuisce la dimanda di separazione de' patrimoni doversi formare contro i creditori dell'erede, se sieno noti, e contro lo stesso erede, se non abbia creditori noti.

A prescindere dal potere siffatta distinzione, la quale non poggia sul testo della legge, dar luogo in pratica a molte incertezze e difficoltà, avvisiamo neppur somministrare indiritto la esatta e giuridica soluzione da noi ricercata.

1396. — A parer nostro rinviensi nel fondo delle tre esposte opinioni una confusione, la quale costituisce la causa comune della inesattezza delle soluzioni cui danno luogo.

Tal confusione consiste nel mescolare insieme due cose, o due diritti, che è per contrario, a' creditori nostro, affatto essenziale il distinguere, cioè:

A. Da un lato, l'esercizio stesso del diritto della separazione de' patrimoni da parte dei creditori del defunto di rimpetto a' creditori dell'erede, a fine di essere pagati effettivamente io preferenza di essi su' beni dell'eredità;

B. E d'altro lato i mezzi conservatorii dello stesso diritto, da parte de' creditori del defunto, per ovviare alla decadenza e riservarsi, interea, la facoltà di sperimentare il diritto, se vi sia luogo, dappoi rispetto a' creditori dell'erede.

Abbiamo già additato siffatta distinzione (*supra*, n. 115); ed è questo il luogo di fermarla più specialmente.

1397. — A. Trattasi forse di esercitare effettivamente il diritto stesso?

Diremo esercitarsi contro i creditori dell'erede, e non già contro lo stesso erede; ed i creditori del defunto non abbisognano però d'introdurre una dimanda nè ottenere una sentenza.

E primieramente torna manifesto il diritto di separazione de' patrimoni esercitarsi contro i creditori dell'erede: di fatti è questo un diritto di preferenza, un privilegio: or i privi-

leggi si esercitano però da creditore a creditore (art. 878, 2093, 2094 — 794, 4963, 4964).

Soggiugiamo nessuna domanda giudiziale esser necessaria a tale obbietto :

1. Il silenzio del Codice Napoleonico e del Codice di procedura, su tal punto ; ne somministra una prima pruova : dappoichè sarebbe cosa straordinaria, se l'esercizio della separazione avesse dovuto sottoporsi a forme giudiziali qualsivogliano, il non averne il legislatore assolutamente stabilito alcuna.

Obbiettasi la formola degli articoli in esame, i quali dichiarano i creditori del defunto poter *dimandare* la separazione de' patrimoni (art. 878-881, 2141 — 798-801, 4997) e l'azione *potersi esercitare* (art. 880 — 800) ; la qual formola, dicesi, implica l'idea di una domanda giudiziale.

Conveniamo coteste espressioni avere, a prima aspetto, qualche cosa di singolare ; ma si discosterebbe al certo, a creder nostro, il senso che i compilatori del nostro Codice vi attribuirono, se si pretendesse inferirne la necessità di una domanda giudiziale ; e basta, per convincersene, investigarne la origine storica.

La vero sembra indubitato che, ne' primi tempi della nostra antica giurisprudenza francese, la separazione de' patrimoni desse luogo ad una domanda, ad un'azione principale, e che lettere di cancelleria fossero necessarie per introdurla in giudizio : era questa una imitazione della procedura romana : le lettere del Re avevano surrogato l'editto del Pretore, come avvenne altronde spessissimo, sotto la nostra antica monarchia, negli stessi casi in cui lo sperimento di un diritto venisse subordinato, appo i Romani, allo editto del Pretore (confr. Le Prêtre, *loc. cit.* 4.^a, cap. 76; Lebrun, lib. IV; cap. I, sez. I, n. 25).

Ma lungo tempo prima della legge del 7 settembre 1790, la quale abolì in Francia l'uso delle lettere di cancelleria, cotesta forma di procedura era cessata di essere in voga in materia di separazione de' patrimoni : abbiamo già addotto all' uopo (*supra*, n. 494) l'autorità di Lebrun, il quale riferisce al tempo suo la separazione essere di pieno diritto e non sottoposta a domanda ; e Basnage non è, su tal punto, meno, esplicito :

« Secondo le nostre usanze, egli dice, non si di mestieri dimandare la separazione degli immobili del defunto da quelle del suo erede ; ma i creditori del defunto vengono soddisfatti

su' beni in preferenza di quelli dell' erede. » (*Trattato delle Ipoteche*, cap. XIII, p. 64).

Non pertanto che avvenne ?

Gli autori, dopo la soppressione dell'antica forma di procedura, continuarono nondimeno a volersi, per dinotare lo sperimento del diritto di separazione de' patrimoni, degli antichi vocaboli che la rappresentavano ; e quindi lo stesso Lebrun e Pothier e tutti gli altri insegnavano i creditori del defunto poter *dimandare* la separazione de' patrimoni avverso i creditori dell'eredità ; avere un'azione a tale obbietto, ec. Ma torna manifesto coteste espressioni, appo gli autori del nostro antico diritto, non implicare la necessità di una domanda da essi medesimi dichiarata inutile in avvenire, e non dinotare più con tali vocaboli se non lo stesso diritto pe' creditori del defunto di veair preferiti a' creditori dell' erede su' beni della eredità, e dimandare questa preferenza ;

Or il legislatore del Codice Napoleone, nel trattare la subbietta materia, attese negli antichi autori le stesse formole onde si valsero ;

Dunque le tolse loro a prestanza con la stessa significazione da quelli autori attribuiti : dunque le espressioni : *dimandare la separazione de' patrimoni*, *azione di separazione* dinotano nel nostro Codice, come dinotavano nelle opere di Lebrun e Pothier, lo stesso diritto di preferenza che i creditori del defunto possono opporre a' creditori dell'eredità.

Dimandare, cioè di fatti invocare opporre è questo il vero senso di quelle parole spiegato per la loro storica filiazione.

Altronde quelle parole così intese hanno una significazione perfettamente unisona ai principii.

Il diritto di separazione de' patrimoni è, come affermammo, un diritto di preferenza, non privilegio ; e però è semplicissimo lo esercitarsi nella stessa guisa de' privilegi : or i privilegi si sperimentano nelle graduazioni o nelle distribuzioni per contributo mercè la domanda fattane dal creditore che si pretenda privilegiato (confr. art. 656 e seg. ; 749 C. proc. — 740 e seg.) ; dunque basta che il privilegio emergente dalla separazione de' patrimoni venga *dimandato*, invocato, *opposto* avanti al giudice commissario della graduazione o della distribuzione per contributo.

Eh ! per qual ragione adunque è necessario

una dimanda? una sentenza? ed a quale oggetto farsi tali spese?

Indubbiamente, se vi sieno contraddizioni, resistenze, saranno quelle indispensabili; ma ciò nulla ha di speciale al privilegio emergente dalla separazione de' patrimoni; e tanto accade quante volte un privilegio dimandato da un de' creditori venga oppugnato da altri (confr. art. 666 e 758 C. pr. — 749 ed 812).

Finalmente adunque, sempre che trattisi dello effettivo esercizio dello stesso diritto di separazione dei patrimoni, non va sottoposto ad alcuna speciale condizione nè di dimanda, nè di sentenza; e così di fatto nelle nostre usanze, come affermava un tempo Lebrun, avviene ancora oggi quasi dappertutto.

1398. — B. Supponiasi ora trattarsi dei creditori del defunto e dei legatarii, non di esercitare attualmente ed effettivamente lo stesso diritto, ma conservare per lo avvenire la facoltà di esercitarlo e preservarsi da ogni causa di decadenza che potesse farlo loro perdere.

Cotesta situazione è affatto diversa!

Ed essa può sorgere spessissimo.

A cagion di esempio i creditori dell'erede non esercitano attualmente alcun procedimento, sia perchè i loro crediti sono a termine o sotto condizione, sia per ogni altro motivo; ovvero non sono noti; ovvero ancora l'erede non ha alcun creditore!

E da parte loro, i creditori del defunto ed i legatarii neppur possono esercitare procedimenti sui beni della eredità, sia perchè i loro crediti o legati sono parimente a termine o sotto condizione, sia perchè consistono in rendite perpetue o vitalizie, o in annue prestazioni, ec.

In tale stato di cose è incontrastabile i creditori del defunto ed i legatarii non poter esercitare attualmente ed effettivamente il diritto di separazione dei patrimoni, val dire dimandare di essere soddisfatti sul prezzo dei beni della eredità!

Ma forse nulla posson praticare, e sarà loro indispensabile lasciar trascorrere il termine, dopo il quale non potrebbero più esercitare il proprio diritto, e comportare che l'erede alieni o dissipi i beni della eredità o li confonda coi suoi beni particolari, per modo che, quando il momento fosse giunto per essi di sperimentare il loro diritto, non ne avrebbero più i mezzi?

Siffatta conclusione sarebbe nel tempo stesso antilogica ed iniqua.

Dunque torna manifesto i creditori del defunto ed i legatarii poter ricorrere a provvedimenti conservativi per riservarsi il diritto di esercitare effettivamente, quando ne sarà tempo, la lor causa di preferenza.

Quali possono essere tali provvedimenti conservativi?

Tanto dobbiamo determinare:

I. Dapprima relativamente agl'immobili;

II. Indi rispetto a mobili.

1399. — I. Relativamente agl'immobili, la stessa legge determina in qual modo i creditori del defunto ed i legatarii possano conservare il loro privilegio.

A norma dell'art. 2111 debbono all'uopo prendere iscrizione su ciascuno degl'immobili entro i sei mesi a computare dal dì dell'apertura della successione.

E l'articolo medesimo soggiunge che: « prima della scadenza di questo termine non può essere costituita con effluo veruna ipoteca sopra i detti beni dagli eredi o rappresentanti il defunto, in pregiudizio de' creditori o legatarii. »

Merliu insegnò l'art. 2111 aver modificato l'art. 880, a norma di cui la separazione de' patrimoni, riguardo agl'immobili, può dimandarsi sino a quando esistono presso l'erede; ed a computare dal dì della promulgazione dell'art. 2111 i creditori del defunto non potevano più dimandare la separazione del suo patrimonio se non quando ne abbiano formato la dimanda entro i sei mesi dal giorno della sua morte, ed abbiano unito alla dimanda medesima la precauzione d'iscriversi su ciascuno de' suoi immobili (Quist. di diritto, v. Separazione de' patrim., § 2).

Cotesta dottrina venne adottata da altri giureconsulti, i quali avvisano eziandio che, in conformità dell'art. 2111, la iscrizione presa su gl'immobili della eredità entro i sei mesi dal dì dell'apertura della successione, è efficace sol quando fu preceduta o almeno accompagnata da dimanda di separazione de' patrimoni (confr. Grenier, *delle Ipot.*, t. II, n. 432; Battur, *delle Ipot.*, t. I, n. 82; Chabot, art. 880, n. 9).

Ma l'art. 2111 nulla ci sembra contenere assolutamente di simile; e dappoichè ben lungi dal derogare agli articoli del titolo delle successioni, i quali stabilirono il beneficio della separazione de' patrimoni, esso medesi-

mo vi si riferisce, dichiarando in conformità dell'art. 878.

Ed il vero si è tornare impossibile il giustificare ovvero spiegare, per alcun motivo, la necessità di tal condizione!

Quindi la più generale opinione non l'ammette (confr. decis. C. di Poitiers 8 ag 1828; Platon, Dev., 1834, II, 82; di Nîmes 19 feb. 1829, Roche, Rev., 1829, II, 214; Danton, t. VII, n. 488, e t. XIX, n. 216; Belost-Jolimont sopra l'abot, art. 880, osserv. 3; Dufresne, n. 73; Cabanots, loc. supra cit.; Troplong, delle Ipot., t. I, n. 325; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 220, 224).

Non pertanto gli autori da noi citati, nella maggior parte, per confutare la dottrina testè esposta, rispondono la domanda di separazione de' patrimoni potersi ancora formare dopo i sei mesi a computare dal dì dell'apertura della successione; il che implica esser quindi necessaria una domanda a tale oggetto.

Rispetto a noi, andiam più oltre; e rispondiamo a nessuna domanda esser quindi necessaria, ed il privilegio della separazione de' patrimoni, una volta iscritto, produrre i suoi effetti, al pari di ogni altro privilegio, senza essere uopo farlo riconoscere mercè azione giudiziale (supra, n. 439).

1400. — Pongasi mente altresì, relativamente agli immobili, che se i creditori del defunto o i legatarii non abbiano dimandato iscrizione entro i sei mesi a computare dal dì dell'apertura della successione, possono nondimeno sempre iscriversi, in conformità dell'art. 2143 — 1499.

Se non che allora il loro privilegio degenera, come appresso spiegheremo, in semplice ipoteca, la quale principia, rispetto a terzi, dall'epoca dell'iscrizione.

1401. — II. Relativamente a mobili, il nostro Codice è silenzioso; e noi non vi rinveniamo alcuna regola intorno a provvedimenti conservativi, che i creditori del defunto o i legatarii potranno adoperare.

Non pertanto è manifesto avere egliino diritto di adoperare provvedimenti di tal genere; avvegnachè un duplice interesse ve li sprona:

Sia d'impedire all'eredità di dissipare, sottrarre o alienare, eziandio senza alcuna frode o mala intenzione, dice benissimo Dufresne (n. 510), i mobili ereditari costituenti il loro pegno;

Sia finalmente di preservarsi dalla deca-

denza cui soggiaccerebbero, dopo il triennio, se non avessero, entro il termine medesimo, manifestato il loro intendimento di dimandare la separazione de' patrimoni (art. 880; supra n. 437.)

Dunque a quali provvedimenti potranno ricorrere?

Lo stesso silenzio del legislatore ci sembra lasciare qui alla dottrina ed alla giurisprudenza una certa latitudine; e non bisogna rimanerne sorpreso nè dolersene: in vero tutto ciò che riguarda cotesti provvedimenti così detti conservativi va per lo più subordinato a fatti particolari ed alle circostanze diverse di ciascuna specie; e forse per questo motivo il legislatore per lo più del pari si astiene, pel maggiore interesse di tutti, dal determinarli a priori.

1402. — In talo stato di cose effettivamente, secondo le circostanze, avuto riguardo alla diversa natura de' mobili, ed in conformità delle regole della procedura applicabili a ciascun de' casi particolari occorrenti, può esservi luogo a prendere determinati provvedimenti.

Primieramente ben si comprende i creditori del defunto ed i legatarii poter dimandare l'apposizione de' sigilli o formarsi opposizione (art. 909 e seg. C. pr. — 986).

Egliino possono parimente dimandare l'inventario o intervenire; e questa medesima operazione è per essi una occasione a affatto naturale; e, avvisiamo pure, un mezzo sommanente legittimo di dichiarare intendere dimandare la separazione de' patrimoni e riservarsi a questo titolo tutti i loro diritti avverso i creditori dell'eredità (confr. Duranton, t. VII, n. 484; Dufresne, n. 60; Ducaurroy, Bonaier e Rostaing, t. II, n. 761).

Se trattisi di beni incorporali; di crediti sopra un terzo, ec., possono procedere a sequestro presso il debitore; e la domanda di validità sarà loro ancora occasione e mezzo sommanente giuridico di conservare privilegio sul credito medesimo, concludendo affinché il danaro sequestrato venga separato dal patrimonio dell'eredità (confr. Duranton, t. VII, n. 485; Dufresne, n. 62).

1403. — A prescindere da tali diversi provvedimenti, i quali possono adoperarsi relativamente alle varie specie di mobili, avvisiamo i creditori del defunto ed i legatarii aver pure il mezzo di conservare il proprio diritto, manifestando in modo generale il loro intendimento di sperimentarlo.

Una notificazione stragiudiziale fatta all'erede, ed in cui dichiarassero tale intendimento, sarebbe forse sufficiente all'uopo, e li preserverebbe dalla decadenza che incorrerebbero a norma dell'art. 880, se nulla avessero praticato entro il termine prefisso da questo articolo?

Potrebbe così sostenere: avvegnachè, in ultima analisi, nessun testo di legge determinò il modo di conservazione di siffatto diritto; e quindi sembra tal dichiarazione stragiudiziale, la quale appalesa, da parte de'creditori del defunto e de'legatarii, la intenzione di sperimentarlo, dover raggiungere lo scopo; tanto più che cotesto mezzo poco dispendioso ovvia a spese più o meno considerabili che altri mezzi renderebbero inevitabili.

Non pertanto forse sarebbe ancora più sicuro partito il formare una domanda avverso l'erede ed ottenere sentenza.

Furze ciò vuol dinotare abbandonar noi qui la dottrina da noi già propugnata (*supra*, n. 438), e convenir noi la separazione de' patrimoni dover costituire l'obbietto di una domanda giudiziale formata avverso l'erede?

Niente affatto! dopochè non trattasi qui dello sperimento stesso del diritto della separazione de' patrimoni: e trattasi unicamente di provvedimenti che mirano a conservare il mezzo di sperimentarlo!

Or nessuna contraddizione si ravvisa fra ciò che affermammo innanzi e ciò che qui affermiamo.

Imperocchè quanto ora affermiamo si è semplicemente i creditori del defunto ed i legatarii poter agire avverso l'erede, ad obbietto di far statuire contro di lui intendere egli riservarsi il diritto della separazione dei patrimoni.

Ed all'uopo avvisiamo l'erede essere di fatti il rappresentante de' suoi creditori, quante volte trattisi di conservare il diritto di sperimentare, a tempo e luogo, la separazione dei patrimoni, salvo a'creditori dell'erede l'oppugnare, in proprio nome, siffatto sperimento, quando verrà dimandato avverso di essi, e salvo però esizandui il loro diritto d'intervenire in tutte le controversie di cotesto genere, che possano sorgere fra'creditori del defunto e l'erede.

1404. — Altronde di necessità i creditori del defunto ed i legatarii debbono formare una domanda avverso l'erede, quando chieggano da lui garentie o provvedimenti conservativi che egli negasi ad accordar loro.

In vero affermammo avere egli diritto a garentie per la efficace conservazione dello ulteriore sperimento del proprio diritto; ed è questa una proposizione che a noi pare ineluttabile.

Non pertanto essa venne oppugnata: e la Corte di Parigi ha pure emesso in questi ultimi tempi una importantissima decisione, onde ha sancito una opposta dottrina.

In quella specie il defunto aveva lasciato un legatario universale ed un legatario particolare di una rendita vitalizia di due mila franchi.

Due fatti son notevoli:

Da un lato la eredità componevasi di soli valori mobiliari;

E d'altro lato il legatario universale non aveva creditori.

In tale stato di cose il legatario particolare formò contro di lui domanda di separazione del patrimonio; e, adducendo non rinvenirsi nella eredità alcuno immobile su cui potesse iscriversi, conchiudeva condannarsi il legatario universale, per cautela del suo legato di rendita vitalizia, sia a dargli buona e valida cauzione, sia a collocare con ipoteca una somma equivalente al capitale della rendita legata da prendere su' valori ereditari.

Il legatario universale vi si negò, sostenendo non esser tenuto a dare alcuna garentia, né cauzione, né ipoteca, e quella Corte statui essere ben fondato il suo rifiuto.

I motivi principali di quella decisione sono i seguenti:

1. La separazione de' patrimoni viene concessa dalla legge a'creditori del defunto ed a' legatarii avverso i creditori dell'erede, e non già contro lo stesso erede;

Or in fatto l'erede o il legatario universale non aveva creditori;

Dunque non eravi luogo alla separazione de' patrimoni.

2. Almeno il legatario particolare non poteva pretendere di acquistare, con la domanda di separazione de' patrimoni, avverso l'erede personalmente, diritti o garentie non attribuitigli dal suo titolo.

Imperocchè la separazione de' patrimoni torna estranea allo stesso erede ne' suoi rapporti co'creditori del defunto ed i legatarii: essa non modifica menomamente i diritti emergenti per lui dal possesso della eredità; e conseguentemente non potrebbe privarlo della libera disponibilità de' beni ereditarii.

3. È ben vero l'art. 1017 — 974 attribui-

re a' legatarii ipoteca legale su gl' immobili ereditarii, e l'art. 2414 — 4997 permettono parimente a' creditori del defunto ed a' legatarii di prendere iscrizione su gl' immobili della eredità pel privilegio emergente dalla separazione de' patrimonii.

Ma precisamente il legislatore non fermò alcun provvedimento conservativo di tal genere relativamente a' mobili; e torna impossibile il supplire al suo silenzio con mezzi qualsivogliano lesivi del possesso o della disponibilità dell'erede o del legatario univernale de' valori eziandio mobiliari della eredità.

4. Finalmente tal pretensione da parte di un legatario debbe tanto più venire proscritta in quanto che il testatore avrebbe potuto nulla legargli; che ha potuto con maggior ragione abbandonarlo sino ad un certo segno agli eventi della solvibilità del suo erede o del suo erede o del suo legatario; che lo impone a questi ultimi l'obbligo di dar cauzione o ipoteca, far collocamento o deposito di contante è fare ciò che il defunto non volle; sarebbe farsi dal magistrato un testamento o imporre leggi ereditarie imprevedute per tutti, pel defunto come pe' suoi successori. . . (Decis. 34 lug. 1852, Courtois, Dev., 1852, II, 604.)

Divi'leneuve plaudi la dottrina racchiusa in quella decisione (loc. cit. Osservazioni).

Aubry e Rau sopra Zachariae (t. V, p. 212 e 230), del pari che Massé e Vergé (t. II, p. 332), i quali ne fanno menzione, sembrano parimente annuirti.

Dalloz, nella sua raccolta periodica, vi assentisca eziandio affermando « sembrare ragionevole non creare, nel silenzio della legge, una specie di privilegio sopra una eredità mobiliare. » (1853, II, 33, nota 2).

E da ultimo gli onorevoli compilatori del *Giornale del Foro*, Guénod, Gelle e Fabre, dopo alcune osservazioni intorno a quella decisione, conchiudono parimente sembrar loro doversi p'audire. » (G. del F., 1853, t. I, p. 648).

Per contrario avvisiamo, da parte nostra, la dottrina medesima non essere ben fondata, e rilevare tanto più il combatterla in quanto che spesso potrebbe produrre conseguenza infinitamente nocive pe' creditori del defunto e pe' legatarii.

L'unque avvisiamo, e speriamo poter dimostrare, il legatario della rendita vitalizia aver diritto, nell'adotta specie di ottenere le garanzie da lui dimandate:

1. Chi vuole il fine vuole i mezzi; e quan-

do il legislatore conferisce un diritto, concede virtualmente altresì i mezzi necessari per esercitarlo, e senza i quali il diritto stesso sarebbe illusorio;

Or il beneficio della separazione de' patrimonii, dal legislatore concesso a' creditori del defunto ed a' legatarii, sarebbe ad evidenza illusorio in molteplici casi, se i creditori ed i legatarii non avessero i mezzi di assicurare la conservazione de' mobili ereditarii costituenti il loro pegno;

Dunque cotesto mezzo è la garanzia indispensabile e la sanzione necessaria del loro stesso diritto.

Obbiettasi l'erede non aver creditori ed appunto avverso i suoi creditori la separazione de' patrimonii potersi dimandare.

Ma noi già preventivamente confutammo cotesta obbiezione, la quale consiste in una confusione, sotto tutti i rapporti, mal fondata, tra l'attuale ed effettivo esercizio del privilegio emergente dalla separazione de' patrimonii ed i mezzi di conservazione e di garanzia competenti a' creditori del defunto ed a' legatarii per assicurare ulteriormente lo spezzamento del privilegio medesimo (supra, n. 138).

L'erede non ha creditori!

Primamente chi può mai affermarlo? chi può mai affermare non aver creditori ignoti, o che egli forse pagherebbe in detrimento de' creditori del defunto e de' legatarii col prezzo de' mobili ereditarii venduti?

Ma ciò non è tutto!

Si è vero non averne oggi, forse non potrà averne domani!

Or apparentemente non soltanto avverso i creditori, rimpetto a cui l'erede trovavasi già obbligato nel momento dell'apertura della successione, la separazione de' patrimonii ha per iscopo di assicurare la preferenza su' beni ereditarii a' creditori del defunto ed a' legatarii; sì bene contro qualunque creditore (art. 478 — 798) e conseguentemente eziandio contro i creditori verso cui l'erede potesse obbligarsi dopo l'apertura della successione;

Dunque i creditori del defunto ed i legatarii hanno interesse e diritto a prendere precauzioni avverso i creditori eziandio futuri dell'erede; e se vi hanno interesse e diritto, è assolutamente necessario che ne abbiano pure i mezzi seri ed efficaci!

2. L'addotto argomento dimostra nel tempore perentoriamente, se non m'inganno, rinvenirsi molta esagerazione o piuttosto ine-

saltezza nella proposizione, ammessa nondimeno quasi dappertutto, cioè che le conseguenze della separazione de' patrimoni dimandata da' creditori del defunto o da' legatarii non debbono colpire l'erede nè modificare i diritti di libera disposizione conferitigli dal possesso de' beni ereditarii (ved. segnatamente Aubry e Rau sopra Zachariae, loc. *supra* cit.; D., *Rac. alfab.*, v. *Successione*, n. 1490).

Di fatti è manifesto l'erede non poter sommettere i mobili ereditarii alle obbligazioni da lui contratte se non a condizione che i creditori del defunto ed i legatarii verranno preventivamente soddisfatti: dunque i suoi diritti ne sono modificati: ed in vero, se non può diminuire il pegno de' creditori del defunto e de' legatarii su' mobili della eredità, contrando debiti che farebbero venire in concorso con essi i suoi creditori particolari, come mai potrebbe avere il diritto assoluto, il diritto quando che fosse! di annientare interamente il loro pegno, alienando i mobili medesimi e riscuotendone il prezzo!

Or se è ragionevolmente impossibile il riconoscere in lui cotesto diritto, la conseguenza si è i creditori del defunto ed i legatarii dover avere un mezzo d'im. edirgli la sottrazione, in qualsiasi modo de' mobili ereditarii, val dire dimandare, sia che vomministri cauzione, sia che gli stessi mobili vengono depositati o venduti, per destinarli il prezzo, mercede deposito o impiego come ipoteca, al pagamento de' loro crediti o legati.

3 E quando invocansi gli art. 1017 e 2114, per inferirne a contrario che, non avendo il legislatore stabilito, relativamente a' mobili, alcun provvedimento conservativo, evvi luogo di fatti di non permetterne a' creditori del defunto ed a' legatarii, opiniamo trascorrersi in grave errore!

Ad evidenza, a parer nostro, un argomento a pari o piuttosto a fortiori è mestieri desumere dagli art. 1017 e 2114.

Assai agevole torna la spiegazione del perchè il legislatore non volle stabilire preventivamente alcun provvedimento conservativo rispetto a' mobili ereditarii: di fatti la ragione si è simileggiante stabilimento tornare impossibile; ed i provvedimenti conservativi, rispetto a' mobili, andar subordinati alle diverse e variabili circostanze di ciascuna specie.

Ma inferire da ciò averli inibiti è disconoscere la volontà sua del pari che tutti i principii!

In vero per qual motivo non permise espressamente i provvedimenti conservativi su' gli immobili della eredità? il motivo si è gl' immobili della eredità formare il pegno speciale dei creditori del defunto e de' legatarii, od avere egli compreso esser mestieri assicurarsi cotesto pegno;

Or i mobili della eredità son altresì apparentemente il pegno speciale de' creditori del defunto o de' legatarii; ed è del pari necessario assicurarli il pegno medesimo; tanto maggiormente ancora per essere più agevole il sottrarlo e farlo svanire.

Dunque i provvedimenti conservativi rispetto a' mobili sono, del pari che relativamente agl' immobili, necessaria conseguenza del diritto di dimandare la separazione de' patrimoni.

4. Finalmente si esclama, affermando che noi cangiamo, miglioriamo il titolo di creditore del defunto o del legatario; — che questo creditore non aveva patteggiato cauzione nè cautela alcuna e che noi vogliamo accordargliela: — che segretamente il legatario, coi il testatore avrebbe potuto sulla legare, debbe reputarsi contento del legato tal quale gli venne fatto, senza poter preteudere cautele, dal testatore non imposte al suo erede.

Ma per verità forse il defunto attribui ipoteca o privilegio sopra i suoi immobili, sia ai suoi creditori chirografarii, sia a' suoi semplici legatarii? niente affatto; e nondimeno tutti i suoi creditori e tutti i suoi legatarii possono, dopo la sua morte, prendere iscrizioni su gl' immobili della sua eredità.

Adunque per qual ragione?

Eh! precisamente perchè hanno diritto di dimandare la separazione de' patrimoni!

Or hanno il diritto medesimo pe' mobili come per gl' immobili.

Donque non è più da meravigliare poter egli ottenere su' mobili, per l'efficienza conservazione del loro privilegio, garanzie analoghe, avuto riguardo alla diversa natura dei beni, alle garanzie che possono ottenere su gl' immobili.

Come! i creditori possono pretendere una cauzione dall'erede beneficiario, val dire sotto un sistema stabilito unicamente nel suo interesse (art. 807 — 726): che mai adunque di sorprendente si scorge nel poterli egli preteudere quando dimandano, nel proprio interesse, la separazione de' patrimoni!

Cotesto diritto de' creditori del defunto e

de' legatarii, è quindi perfettamente giuridico.

Ed è del pari equo l' di fatti è equo che i mobili ereditarii, i quali formano il loro pugno, non possano sottrarsi in loro detrimento; e quando l'erede o il legatario universale si negherà ad ogni garanzia e ad ogni cautela, ciò accadrà per lo più per uno de' seguenti due motivi: o che si troverà impossibilitato a darle; o che cattivo saranno le sue mire rispetto a' beni ereditarii in detrimento de' creditori del defunto e de' legatarii: or in entrambe le ipotesi è sommamente giusto che costoro vengano garantiti.

Altrove spetta al magistrato il determinare, secondo i casi, i provvedimenti di garanzia da prendersi; ed è questo ancora; per l'erede, un motivo di più di venire assicurato che i suoi particolari interessi coeseguiranno le cautele conciliabili col diritto de' creditori del defunto e de' legatarii (confr. Blondéan, della *Separat. de' patrim.*, p. 477, 478, nota 4; Dufresne, n. 22).

1405. — I principii da noi esposti sembrano esser stati ammessi, almeno implicitamente, con una decisione della Corte di Aix, gentilmente comunicataci dal nostro onorevole collega Lapèstre, capo dell'ordine degli avvocati di Marsiglia.

Un proprietario, il quale aveva locato una casa al defunto, dimandava, in forza del beneficio della separazione de' patrimoni, che il danaro proveniente dalla vendita de' beni ereditarii venisse depositato nella cassa de' depositi sino alla concorrenza dello importare di tutte le pignoni maturate e da maturare sino al termine della locazione.

Il tribunale di Marsiglia, con sentenza del 43 dicembre 1848, rigettò la sua dimanda rispetto alle pignoni da scadere, pel motivo che il locatore, circa le pignoni medesime, non reputavasi affatto creditore, nè attualmente nè condizionalmente; e conseguentemente ordinò la cancellazione della iscrizione presa dal locatore su gl' immobili in forza dell' art. 2114.

Ma cotesto motivo era ad evidenza mal fondato; dappoichè è manifesto il locatore vantare un credito almeno eventuale e condizionale per le pignoni future (arg. dall' art. 2102-4. — 4971).

Quindi quella sentenza venne riformata dalla Corte di Aix (Decis. 22 marzo 1849, Charbonnel).

E troppo giustamente! a parer nostro.

DEMOLOMBE, Vol. VIII.

Obbiettasi cotesto sistema poter produrre conseguenze inique, e, sotto ogni rapporto, spiacevoli. A cagion di esempio, dicessi, un locatore ha locato un opificio per venti o trenta mila franchi l'anno, per dieci o venti anni; egli potrà, in tempo della morte del conduttore, far pignorare e vendere in danno del suo erede gli strumenti, le materie prime, le materie lavorate, per la totalità delle pignoni da maturare, val dire per un capitale enorme! ma allora ne sorgo la forzata inoppositività di quello opificio agguernito e decomposto, la inevitabile rovina del conduttore!

Agevole noi crediamo la risposta.

Dilemma:

O i creditori, sia del defunto, sia dell'erede, han pignorato i mobili dell'opificio; ed allora il diritto pel locatore di dimandare il suo privilegio su mobili, per tutte le pignoni maturate e da maturare, rinviensi positivamente scritto nell' art. 2102 — 1971, se trovisi però nelle condizioni necessarie a tale effetto;

O non ebbe luogo alcun pignoramento dei mobili medesimi; ed allora per verità non opineremmo potere il locatore dimandare, all'obbietto, provvedimenti conservativi, il cui effetto fosse il privare l'opificio degli strumenti e del suo materiale; avvegnachè egli conserva, senza alcun speciale provvedimento, il suo privilegio di locatore; e conseguentemente la garanzia delle pignoni da maturare trovasi in tal guisa sufficientemente assicurata.

II.

In quali casi, — sotto quali condizioni, — e durante quanto tempo può dimandarsi la separazione de' patrimoni.

SOMMARIO

1406. — A. La separazione de' patrimoni può dimostrandosi in tutti i casi.

1407. — Il creditore può dimandare la separazione del patrimonio del fideiussore del patrimonio del debitore principale qualora costui sia divenuto erede del fideiussore.

1408. — Similmente, in senso inverso, se il fideiussore divenga erede del debitore principale.

1409. — Quid, se oo figlioole, successivamente erede de' genitori, abbia quindi confuso nella sua persona le pretese della madre contro il padre, e vice versa?

1410. — La separazione de' patrimoni può dimostrandosi non solo contro i creditori dell'erede immediato, ma ancora contro quelli dell'erede mediato. — Esempio.

1411. — L'accettazione col beneficio dell' inventario fatta dall'erede produce forse di pieno diritto la separazione de' patrimoni? — Ristretto.

1412. — Quid, rispetto alla eredità giacente?

1415. — B. La prima confusione, per potere i creditori del defunto ed i legatari dimandare la separazione de' patrimoni, si è il non aver rinunziato al diritto di dimandarla. — Del caso la cui abbiamo fatto novazione del loro credito avverso il defunto, accettando l'erede per debitore. — Origine della disposizione dell'art. 579
1416. — Continuazione.
1417. — Continuazione. — Il vocabolo *novazione* non rinviensi adoperato nell'art. 579 nel suo significato tecnico. — Quale se è qui il vero senso?
1418. — In quali casi potressi affermare i creditori del defunto o i legatari aver fatto con l'erede una novazione, in quale toglia loro il diritto di dimandare la separazione de' patrimoni?
1419. — Quid, se gli abbiamo accordato dilazione, o più genericamente una proroga di termine?
1420. — Quid, se abbiano ricevuto o azito gl'interessi e le annualità de' loro crediti o una frazione del capitale?
1421. — Continuazione. — Parecchi esempi in cui i creditori del defunto avrebbero accettato l'erede per debitore.
1422. — Continuazione.
1423. — Continuazione.
1424. — Non è necessario che il creditore del defunto o il legatario abbia espressamente dichiarato accettare l'erede per debitore: basta che la sua intenzione all'obiettivo chiaramente risulti dall'atto; ma non debbe presumersi.
1425. — Continuazione.
1426. — Il creditore del defunto, divenuto erede del suo debitore, potrebbe forse dimandare la separazione de' patrimoni?
1427. — Il creditore del defunto, il quale abbia accettato l'erede per debitore, perde forse il diritto di concorrere, su beni ereditari, co' creditori del defunto i quali abbiano dimandato la separazione de' patrimoni?
1428. — Le condizioni relative allo esercizio del diritto della separazione de' patrimoni debbono separatamente esaminarsi, circa i mobili e gl'immobili.
1429. — I. Relativamente a' mobili, il diritto di dimandare la separazione de' patrimoni si prescrive col trascorrimento del triennio. — Per qual ragione?
1430. — Tal prescrizione è applicabile ad ogni specie di mobili indistintamente.
1431. — Quale è il punto da cui comincia a decorrere il termine di tre anni?
1432. — Il termine di tre anni decorre contro qualunque creditore del defunto o contro qualunque legatario indistintamente.
1433. — La prescrizione di tre anni non è l'unica causa che possa far perdere a' creditori del defunto ed a' legatari il diritto di dimandare la separazione de' patrimoni rispetto a' mobili.
1434. — I. La separazione de' patrimoni non può più dimandarsi relativamente a' mobili alienati dall'erede.
1435. — Continuazione. — È forse necessario a talo obbligo, distinguere i mobili incorporati dagli incorporali?
1436. — L'alienazione conta alla separazione de' patrimoni relativamente a' mobili alienati.
1437. — Quid, se i terzi compratori de' mobili ereditari fossero di mala fede?
1438. — Del caso in cui il prezzo fu pagato all'erede dal compratore del mobile alienato?
1439. — Del caso in cui il prezzo sia ancor dovuto. — I creditori del defunto ed i legatari possono forse dimandare la separazione de' patrimoni rispetto al prezzo medesimo?
1440. — Stessa questione relativamente a' mobili comprati dall'erede in voce di mobili ereditari.
1441. — I creditori del defunto ed i legatari possono forse impedire all'erede di alienare i mobili della eredità? — E con quali mezzi?
1442. — Quid, se l'erede abbia dato in pegno, espressamente o tacitamente, i mobili ereditari?
1443. — 2. La separazione de' patrimoni non può più dimandarsi, rispetto a' quei mobili del defunto confusi co' mobili dell'erede.
1444. — Continuazione.
1445. — Continuazione.
1446. — Continuazione. — Quid, se l'erede abbia dissipato o soltanto le derrate o altri valori mobiliari comprovati con inventario?
1447. — Continuazione.
1448. — Quid, se i mobili della eredità e quelli dell'erede furono venduti simultaneamente e per un solo e medesimo prezzo?
1449. — II. Relativamente agl'immobili, il diritto di dimandare la separazione può, a norma dell'art. 880, aprirsi soltanto sino a quando esistano presso l'erede.
1450. — L'art. 880 venne profondamente modificato con gli art. 2111 e 2113.
1451. — A. Del caso in cui gl'immobili si trovino ancora presso l'erede.
1452. — Quid, se l'erede avesse concesso, su gl'immobili ereditari, diritti di usufrutto, uso, abitazione, enfiteusi, servitù, oppure semplicemente una locazione maggiore di 18 anni.
1453. — Il creditore del defunto, il quale avesse già preso iscrizione sopra i suoi immobili, prima della sua morte, dovrebbe forse, per ottenere il beneficio della separazione de' patrimoni, prendere novella iscrizione, in conformità dell'art. 2111, dopo l'apertura della successione?
1454. — La iscrizione presa dal creditore del defunto, prima della morte, produce forse, in tutti i casi e verso tutti i creditori dell'erede, lo stesso effetto che produceva verso i creditori del defunto? — Esempio.
1455. — Il diritto di dimandare la separazione de' patrimoni circa gl'immobili va forse sottoposto ad una prescrizione qualunque?
1456. — Il diritto di dimandare la separazione de' patrimoni non rimane modificato dal fallimento del defunto, né da quello dell'erede.
1457. — La separazione de' patrimoni potrebbe farsi ancor dimandare, relativamente a' quegli immobili ereditari su cui l'erede avesse fatto mutamenti, demolizioni, costruzioni ec.?
1458. — B. Del caso in cui gl'immobili ereditari fossero alienati dall'erede. — Quid, se il creditore del defunto

o il legatario avesse iscritto prima dell'alienazione?

1419. — *Quid*, se non avesse ancora iscritto prima dell'alienazione?

1460. — *Continuazione.*

1461. — I creditori del defunto, i quali non avessero preso iscrizione, la tempo unite, potrebbero nondimeno essere soddisfatti, sul prezzo ancor dovuto dal compratore, in preferenza de' creditori particolari dell'eredità?

1462. — *Quid*, se si trattasse del prezzo ancor dovuto dall'erede, nel momento dell'apertura della successione, di un immobile vendutogli dal defunto?

1463. — Durante quanto tempo la separazione de' patrimoni può dimandarsi, relativamente al prezzo ancor dovuto dal compratore dello immobile della eredità venduto dall'erede?

1466. — A. A norma dell'art. 878—798, la separazione de' patrimoni può dimandarsi in qualunque caso.

Tale espressione è assoluta; e conseguentemente i creditori del defunto ed i legatarii possono dimandarla effettivamente in tutti i casi in cui credano loro interesse il far ciò.

A cagion di esempio, poco monta essere l'erede solvibile o insolubile, economico o sciupatore: basta non aver fiducia in lui. E per questa ragione abbiamo affermato potere egli prendere provvedimenti conservativi per lo eventuale sperimento del loro diritto, anche quando l'erede non avesse ancora alcun ereditore (supra, n. 140).

1467. — Il debitore diviene erede di chi lo garanti.

Il creditore può forse dimandare la separazione del patrimonio del fideiussore dal patrimonio del debitore principale?

Indubitabilmente: e se si obietta che l'obbligazione del fideiussore trovasi estinta per confusione (art. 1300—1254), la risposta sarebbe precisamente la separazione de' patrimoni costituire il rimedio a questo male ed essa aver per scopo lo impedirla (confr. L. 3. princ., ff. A. t.; articolo 2035 — 4907; decisi. C. di Caen, 2. Cam. 9 febbraio 1860; Doublet les Poteries; cd infra, numero 211 bis.)

1468. — Similmente ed eziandio con maggior ragione, insegnava Domat, se il fideiussore divenga erede del debitor principale, il creditore potrà dimandare la separazione del patrimonio del debitore principale da quello del fideiussore (Leg. civ., lib. II, tit. III, sez. I; Duranton, t. VII, n. 474; Chabot, art. 878, n. 6; Vazeille, art. 878, n. 3).

1469. — Supponiamo che Tizio fu erede

della madre; che poscia il fu del padre; e che quindi confuse, nella sua persona, le preoccupazioni della madre contro il padre.

I creditori materni potrebbero forse dimandare la separazione del patrimonio della madre dal patrimonio del padre avverso i creditori del figlio?

Io tolgo a prestanza colesia ipotesi da Lebrun, il quale, dopo averla stabilita in siffatti termini, rispondeva: *ciò può incontrare difficoltà* (lib. IV, cap. II, sez. 4, n. 24).

Eh! per qual ragione adunque?

A cagion della confusione avvenuta; ma noi abbiamo già risposto colesia confusione non esser diffinitiva né irrevocabile, o la separazione de' patrimoni potere per contrario annientarla. Quindi lo stesso Lebrun divideva i creditori della madre poter dimandare la separazione de' patrimoni; e per verità ci sembra ineluttabile cotesta soluzione.

Del pari che, in caso inverso, i creditori paterni, se vi fosse luogo, potrebbero dimandare la separazione de' patrimoni avverso i creditori del figlio, se costui fosse divenuto erede della madre, la quale era debitrice verso il padre (confr. d'Héricourt, della *Vendita per decreto*, cap. II, sez. II; Chabot, art. 878, n. 7; Delvincourt, t. II, p. 56, nota 4; Duranton, t. VII, n. 473; D., Rac. alfab., v. Success. n. 1403).

1470. — È parimente incontrastabile la separazione de' patrimoni potersi dimandare non solo avverso i creditori dell'erede immediato, ma ancora avverso quelli dell'erede mediato, sia qualunque il novero delle trasmissioni così avvenute.

Val dire, in altri termini, che se i beni di una eredità passino da un primo ad un secondo erede, dal secondo al terzo, che gli succede alla volta sua, e così successivamente, i creditori di ciascuna eredità han diritto di agire su' beni passati da un erede all'altro, e dimandare, in ogni devoluzione che si faccia ad un novello erede, la separazione de' patrimoni avverso i creditori dell'erede medesimo, sotto la condizione però di non avere incorso la decadenza da cotesto diritto per una causa qualsivoglia (confr. decisi. C. di Tolosa 26 mag. 1829, Pourcet, D., Rac. alfab., v. Successione, n. 1405; Domat, Leg. civ., lib. II, tit. III, sez. I; Chabot, Duranton, loc. supra cit.).

1471. — Se i creditori del defunto ed i legatarii possono dimandare la separazione de' patrimoni in tutti i casi in cui è loro interes-

se il far ciò, soggiungiamo, reciprocamente, in tutti i casi esser mestieri dimandarsi da essi per ottenere e segnatamente assicurarne il beneficio (confr. decia. C. di Lione 24 luglio 1835; Lacour, Dev., 4836, II, 464).

È questa la ragione per cui abbiamo diviso l'accettazione col beneficio dello inventario fatta dall'erede non produrre di pieno diritto la separazione de' patrimoni.

Gli sviluppiamenti da noi recati intorno a cotesta grave questione ci esonerano da ulteriori ragionamenti (ved. il tomo III, n. 474 e seg.).

1412. — Avviene forse lo stesso della eredità giacente?

Sino a quando perduri la vaganza torna manifesti i beni ereditari costituire il pegno esclusivo de' creditori del defunto e de' legatari, non essendovi erede, nè conseguentemente creditori di erede (ved. il tomo III, n. 458).

Ma può sorgere questione se il termine di tre anni, entro cui debbesi dimandare, relativamente a mobili (art. 880 — 800), ed il termine di sei mesi, entro cui debbesi dimandare la iscrizione su gl'immobili (art. 2111 — 1997), se, diciamo, i termini medesimi decorrono durante la vacanza; talchè, qualora, dopo il loro trascorrimento, un erede s'impossesse della eredità, i creditori del defunto ed i legatari non postisi in regola, dovrebbero esser dichiarati decaduti dal diritto di dimandare la separazione de' patrimoni avverso i suoi creditori?

La negativa al certo meriterebbe somma favore; e potrebbesi sostenere con molto vigore che se, in generale, i termini di tre anni e sei mesi decorrono a computare dal giorno dell'apertura della successione, la ragione si è il legislatore avere avuto in mira il caso più ordinario, quello in cui la eredità venga consegnata da eredi; ma che la essenziale ragione della legge non permette prendere lo stesso punto di partenza nel caso eccezionale in cui, essendo giacente la eredità, i creditori del defunto ed i legatari non incontrino al ceno concorrente avverso il quale possono dimandare un privilegio, nè tampoco alcun rappresentante del defunto contro il quale possono dimandare provvedimenti conservativi.

Non pertanto suggeriremo sempre a' creditori della eredità ed a' legatari il provvedere ad ogni evento di dimandare adunque la iscrizione su gl'immobili entro i sei mesi a compu-

tare dal giorno dell'apertura della successione, e positivamente manifestare, entro i tre anni, la intenzione loro di dimandare la separazione relativamente a' mobili, sia con una dichiarazione nello inventario, sia con una notificazione *ad hoc* al curatore (supra, n. 129 131).

1413. — B. Circa le condizioni onde la separazione de' patrimoni può dimandarsi, evvene una dapprima la quale predomina tutte le altre, cioè il creditore del defunto o il legatario che dimandi la separazione de' patrimoni non aver rinunciato al diritto di dimandarla.

Precisamente a cotesta condizione si riferisce l'art. 879—799, il quale rinvia scritto così:

« Questo diritto non è però più esercitabile quando vi è novazione del debito del defunto con l'aver accettato l'erede per debitore. »

È cosa essenziale il bene intendere siffatto articolo; tanto più che esso rappresenta altissima parte in una delle più importanti questioni della subbietta materia.

La disposizione racchiusevi ritrae sua origine dal romano diritto: ne è autore Ulpiano, ed è forza aggiugnere esser dessa una conseguenza sommamente logica del principio su cui quel giureconsulto poggiava la separazione de' patrimoni.

Era appo i Romani questione sommamente controversa quella se i creditori del defunto, i quali avevano dimandato la *separat* o *bonorum*, conservassero nondimeno ancora lo stesso erede per debitore.

Papiniano insegnava l'affermativa, e potere egli, in caso d'insufficienza de' beni della eredità, agire su' beni proprii dell'erede.

Per contrario Ulpiano divideva non potere egli simultaneamente dimandare la separazione de' patrimoni e conservar l'erede per debitore: *faces mestieri scegliere*! Se dimandavano la separazione de' patrimoni, non avevano più l'erede per debitore: *recesserunt a persona haereditas*, egli affermava; e quindi altresì reciprocamente, se accettavano l'erede per debitore, perdevano il diritto di dimandare la separazione de' patrimoni: era questa, come ben si ravvisa, una scelta fra la qualità di creditore del defunto e la qualità di creditore dell'erede; e ben si comprende con questo dato Ulpiano aver potuto affermare esservi novazione, producente la perdita del diritto di dimandare la separazione de' patrimo-

nii, nel fatto per cui il creditore del defunto perdendo tal qualità accettava per contrario la qualità di creditore dell'erede... novandi animo... *diligens mente* (L. 1, §§ 10, 11 e 15, ff., h. t.).

I nostri antichi autori francesi, nella maggior parte, presero a seguire, intorno a tal quistione, il sentimento di Papiniano; ed insegnavano i creditori del defunto, i quali dimandassero la separazione de' patrimonii, non cessar di avere l'erede per debitore (confr. Pothier, *delle Success.*, cap. V, art. 10; Lebrun, lib. IV, cap. 11, sez. 1. n. 26, 27).

Ma nel tempo stesso, cosa notabile! adottarono la massima di Ulpiano il creditore, il quale accetti l'erede per debitore, perdere il diritto di dimandare la separazione de' patrimonii; massima sommaramente unisona al sistema di Ulpiano, ma la quale sembra per contrario dissonante col sistema di Papiniano, da cui non discende veruna incompatibilità fra la qualità di creditore del defunto e la qualità di creditore dell'erede, nè conseguentemente fra il diritto di dimandare la separazione de' patrimonii ed il diritto di conservare l'erede per debitore.

I compilatori del nostro Codice fecero lo stesso e recarono nell'art. 879 la predetta massima di Ulpiano tal quale Lebrun, Domat e Pothier la ritrassero da lui.

Per tali circostanze oggidì agitasi ancora e con la massima vivacità la stessa quistione agitata fra l'apinianio ed Ulpiano, cioè se i creditori, i quali dimandarono la separazione de' patrimonii, cessarono con ciò di avere l'erede per debitore: torna indubitato segnatamente il nostro articolo 879 aver dato luogo e sempre alimentato appo noi siffatta controversia.

Rispetto a noi, avvisiamo, sotto l'impero del nostro Codice, i creditori del defunto ed i legatarii, i quali dimandino la separazione de' patrimonii, rimaner sempre creditori dell'erede medesimo; e noi bentosto imprendremo a dimostrare ciò (*infra*, numero 218 e seg.).

Ma allora è forza ammettere la regola, dai nostri antichi autori desunta da Ulpiano, e dallo stesso nostro codice sancita, essersi quindi devinata dalla vera significazione che ebbe in origine, e non poter più spiegarsi nella medesima guisa nel diverso sistema cui venne poscia adagiata.

A dir vero noi ciò ammettiamo; ed avvisiamo in cotesto sistema non riuscire tanto age-

vole lo addurre la ragione, comunque opiniamo nulladimeno potervi conseguire ancora una sufficiente spiegazione.

1. 14. — La separazione de' patrimonii è una dimostrazione di diffidenza avverso l'erede ed i creditori del defunto, del pari che i legatarii, i quali la dimandino, dimostrano ad evidenza non credere alla sua solvibilità.

Al certo non consegnita menomamente da ciò potersi affermare ripudiarlo essi e non accettarlo per loro debitore! Anzi tal conseguenza sarebbe affatto antilogica; dappoichè i creditori del defunto ed i legatarii, i quali dimandino la separazione de' patrimonii, intendono conseguire novelle cautele; ed el certo non è loro intendimento dipartirsi da quella già da essi conseguite!

Ma mentre intendono rimaner creditori dell'erede, torna ineluttabile che, dimandando la separazione, intendono rimaner ben anco creditori del defunto, ad obbietto di venir soddisfatti, in preferenza dei creditori dell'erede, su' beni della eredità.

Dunque è forza, per conservare il diritto di dimandare la separazione de' patrimonii, conservarsi da essi erandio cotesta qualità di creditori del defunto, cui è attribuito.

E siccome la separazione de' patrimonii non è altro da parte loro se non una protesta nel proprio interesse contro gli effetti della confusione, ed una dichiarazione di diffidenza avverso l'erede, così la conseguenza affatto naturale si è dovere egliino perdere il diritto di dimandarla, quando abbiano per contrario riposto fiducia nell'erede e quindi aderito essi medesimi definitivamente e senza riserva agli effetti della confusione.

In buona sostanza la qualità di creditore del defunto, ad obbietto di venir soddisfatto con privilegio su' beni della eredità, non è incompatibile con la qualità di creditore dell'erede, ad obbietto di venir soddisfatto, al pari di tutti i creditori dell'erede, sui suoi beni particolari.

Se non che è mestieri, per potere i creditori del defunto dimandare il privilegio medesimo, non avere essi medesimi accettato senza riserva la confusione in cui sparisce necessariamente la distinzione di queste due qualità.

Ed egliino reputansi avere accettato la confusione, quando essi medesimi abbiano accettato l'erede per loro unico debitore in avvenire in vece del defunto, *quippe cum secuti sunt nomina et personam heredis...*

qui quod-modo eum elegerunt (L. 1, § 40, h. t.)

Questa ci sembra essere oggidì la vera spiegazione dell'art. 879.

1445. — Questa spiegazione dimostra il vocabolo *novazione* non rinvenirvisi adoperato nella sua tecnica significazione, ed in vero qui non trattarsi della novazione propriamente detta, di cui parla l'art. 1271 — 1225, e la quale, estinguendo il credito, estingue con esso ad un tratto tutti i suoi accessori e tutte le sue cautele.

Ma onde non è in vero necessario, per potere il creditore decadere dal diritto di dimandare la separazione de' patrimoni, per applicazione dell'art. 879, che abbia fatto con l'erede una novazione effettiva propriamente detta del suo credito.

Conosciamo appieno essersi propugnata la opposta tesi; e non è lungo tempo da che Genty dichiarassene sostenitore (nella Rivista critica di legial.; 1856, t. VIII, p. 352 e seg.).

Ma il significato affatto speciale del vocabolo *novazione* nell'art. 879 ci sembra emergere al certo, sin dallo stesso testo, il quale ne offre, per così dire, esso medesimo la definizione ed il commento, soggiugnendo le parole: con l'avere accettato l'erede per debitore, sia dai motivi per cui spieghiamo siffatta disposizione.

Adunque è questa una novazione *stri generis*, da cui discende di fatti una situazione *novella*, cioè di avere il creditore del defunto perduto definitivamente coesistenza qualità, per divenire creditore dell'erede al pari di tutti gli altri suoi creditori: e sotto questo punto di veduta, il vocabolo *novazione* ha pure alquanto esattezza; dappoichè il credito contro il defunto trovavasi definitivamente estinto ed assorbito nel credito avverso l'erede (confr. arresto C. cass. 7 dic. 1844, Legier, *G. del F.*, t. XLIII, p. 435; 30 genn. 1834, Dabadie, *D.*, 1834, I, 436; 3 febbraio 1857, Villars, *Dev.*, 1857, I, 321; Toullier, t. VII, numero 283, 284; Demante, t. III, n. 220 bis, 1).

1446. — Ed ora in quali casi potrassi affermare i creditori del defunto o i legatarii aver fatto, nel senso dell'art. 879, con l'erede una novazione, la quale tolga loro il diritto di dimandare la separazione de' patrimoni?

Ben si comprende trattarsi qui principalmente di una questione di fatto; e spetta al magistrato il risolverla secondo le circostanze,

avuto riguardo alla natura degli atti ed allo intendimento delle parti.

La soluzione di questa medesima questione in fatto va nondimeno subordinata in diritto a taluni principii i quali debbono in generale guidarla.

Laonde è uopo non perdere di mira i creditori del defunto ed i legatarii, sino a quando abbiano il diritto di domandare la separazione de' patrimoni, potersi considerare e fatti, come *creditori del defunto*, e conseguentemente poter esercitare, contro i beni della eredità, tutti i diritti emergenti per essi dai loro titoli; tanto più che ciò può costituire una indispensabile necessità per lo esercizio oppure per la conservazione de' loro diritti.

E siccome i beni della eredità non hanno e non possono avere, rispetto ad essi, altro rappresentante che l'erede, torna ancor manifesto poter egli sperimentare i loro diritti avverso l'erede, nella sua qualità di rappresentante ed amministratore de' beni ereditarii, senza incorrere, per tal circostanza, però alcuna decadenza; dappoichè sarebbe strana cosa lo esercizio stesso dell'oro diritto di creditori del defunto contro i beni di costui trar seco contro di essi la perdita dello stesso diritto.

Di qui due correlative conseguenze.

1. Ogni atto formato dai creditori del defunto, con l'erede e contro l'erede nella sua qualità di amministratore e rappresentante de' beni del defunto, non avrà per risultato il far loro perdere il diritto di dimandare la separazione de' patrimoni; dappoichè perdono il diritto medesimo; in conformità dell'art. 879, sol quando abbiano accettato per debitore lo stesso erede personalmente, *nomen et personam haereditis*; or per contrario supponiamo non avere agito con lui o contro di lui se non nella sua qualità di rappresentante de' beni del defunto:

2. Per l'opposto ogni atto formato da creditori del defunto con l'erede o contro l'erede, nella stessa sua qualità di erede, val dir come padroni de' beni ereditarii, ed il quale non avesse potuto farsi con lui o contro di lui, nella sua semplice qualità di amministratore e rappresentante de' beni del defunto, riguardo a' creditori del defunto, avrà per risultato il far perdere a costoro il diritto di dimandare la separazione de' patrimoni.

E generalmente converrà scorgere questo ultimo carattere negli atti o ne' fatti dimo-

siranti, da parte de' creditori del defunto, a vere egliino considerato l'erede come obbligato personalmente verso di essi; e essersi contentati di questa personale obbligazione, senza riservarsi il beneficio della separazione; ed avere agito conseguentemente con l'erede o contro di lui.

1417. — A norma di cotesti principii, non debbesi esitare a sostenere la notificazione fatta all'erede de' titoli esecutivi contro il defunto non produrre alcuna perdita del diritto de' creditori di dimandare la separazione dei patrimoni (confr. Pothier, *delle succes.*, cap. V, art. 4; Duranton, t. VII, n. 495; Demante, t. III, n. 220 bis, II).

1418. — Viennagormentel averrebbe così anche quando i creditori del defunto avessero fatto citare l'erede, nella sua qualità di rappresentante della eredità, eziandio durante i termini per distendere inventario e deliberare (salvo all'erede il dedurre la cauzione dilatoria), ed avessero ottenuto sentenza contro di lui, *quia ex necessitate hoc fecerunt*, diceva il giureconsulto Marciano (L. 7, ff. h. t.; aggiungete L. 2: Cod. de Bon. acut. iud. possid.).

O anche quando n'avesse averse proceduto contro di lui, su' beni della eredità, alla esecuzione de' loro titoli (confr. Dufresne, n. 30; Duranton, Demante, *loc. supra cit.*; Chabot, art. 878, n. 4).

1419. — Noi neppure avvisiamo doversi dichiarare decaduto dal diritto di dimandare la separazione de' patrimoni il creditore del defunto, il quale avesse accordato all'erede la sospensione del procedimento da lui iniziato su' beni della eredità, o più generalmente una proroga di termine.

Il motivo nostro non si desume dalla circostanza la semplice proroga di termine non produrre novazione del credito (confr. art. 1274, 1284, 2039 — 1225, 1235, 1914); dappoichè sappiamo trattarsi qui di una novazione imperfetta ed affatto speciale, la quale può emergere da molti fatti, da cui non risulterebbe la perfetta e verace novazione (*supra*, n. 156, 157.).

Ciò che torna per noi determinante si è la concessione di un termine aver potuto farsi dal creditore del defunto alla stessa eredità, rappresentata dall'erede nella sua qualità di amministratore della eredità medesima.

Non pertanto cotesta soluzione venne oppugnata (confr. Maleville su l'art. 879; Du-

fresne, n. 29; ed eziandio Duranton, t. VII, n. 498.).

E comunque ci sembri sommamente esatta pure soggiungeremo con Demante (t. III, n. 220 b e II), esser prudente, da parte del creditore, per ovviare ad ogni equivoco, lo inserire riserve nell'atto (confr. Delvincourt, t. II, p. 56, nota 6, Malpel, n. 217; Chabot, art. 879; Massé e Vergé, sopra Zachariae, t. II, p. 340.).

1420. — Il creditore del defunto o il legatario ha ricevuto dall'erede gl'interessi o lo annualità del suo credito o legato;

Oppure ha ricevuto somme in conto del capitale.

Ha fatto forse novazione nel senso dell'art. 879?

Not crediamo segnatamente rispetto alla ricezione degl'interessi o annualità, nè tantopoco rispetto alla ricezione di somme in conto del capitale, la quale non ci sembra di fatti implicare da parte del creditore la intenzione di attenersi unicamente alla obbligazione personale dell'erede.

Ed il nostro sentimento sarebbe lo stesso non ostante il dissenso di Duranton (t. VII, n. 494) e di Fonét de Coillans (art. 879, n. 1), nel caso in cui il creditore del defunto avesse non solo ricevuto, ma ancora esatto dall'erede il pagamento di questi interessi e di queste somme in conto, se l'avesse esatto su' beni della eredità (confr. decis. C. di Parigi 14 fiorile anno XI, Savalette, Dev. e Carr. Coll. nuova, I, II, 135; decis. C. di Parigi 1. nevoso anno XIII, Grimand, Sirey, V, II, 610; 23 marzo 1824, Bérny, D. 1825, II, 419; Chabot, art. 879, n. 4; Malpel, n. 217; Dufresne, n. 28; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 340.).

1421. — Ma per contrario converrebbe affermare il creditore del defunto aver fatto novazione del suo credito nel senso dell'articolo 879:

Se avesse praticato un atto di esecuzione su' beni particolari dell'erede;

Se avesse prodotto titoli in una graduazione a carico dell'erede, ad istanza de' suoi particolari creditori, anche quando avesse dappoi ritirato la sua domanda di graduazione;

Se avesse accettato da lui un pegno, una cauzione, una ipoteca, anche quando le cautele medesime fossero state insufficienti; *et sibi imputant*, diceva Ulpiano *cur minus idoneos fidejussores acciperant* (l. 4, § 40, h. t.; confr. decis. C. di Liegi 13 marzo 1841,

Degrady, Dev. e Carr., Collez. nuova, III, II, 444; decis. C. di Bordò 10 apr. 1843, Gillet, Dev., 1847, II, 166);

Se avesse accettato da lui una delegazione sopra un terzo, anche quando il terzo delegato fosse divenuto insolubile.

Anzi noi avvisiamo, ad onta di parecchi dissensi (confr. Vazeille, art. 879, n. 3; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 340) non esser necessario in questo caso che il creditore del defunto avesse liberato l'eredità e l'atto seguito tra essi costituisca una vera novazione (ved. art. 1275 — 1279). Io accettare come debitore non terzo delegato dell'eredità non è forse di fatti accettare una cautela da parte dell'eredità, e quindi accettare lo stesso erede per debitore nel senso dell'articolo in esame? (Confr. Duranton, t. VII, n. 494; 495; Doffreue, n. 28; Demante, t. III, n. 220 bis, II.).

1422. — È pure nostro divisamento essere bastevole il creditore del defunto avere accettato un novello titolo dell'eredità per venir considerato avere in avvenire riposto fiducia in lui: precisamente in tal senso Lebrun di visava i creditori del defunto non poter più dimandare la separazione de' patrimoni, quando stipularono il credito loro con l'eredità nello intendimento di far novazione (lib. IV, cap. I sez. 4 n. 25; confr. Chabot, articolo 879, n. 4).

A dir vero si è statuto non doversi scorger la novazione di cui parla l'art. 879 nella sottoscrizione di effetti commerciali da parte dell'eredità a pro del creditore per lo importare del suo credito (Decis. C. di Nîmes 24 lug. 1852, Arliaud, Dev., 1853, II, 701).

Ma è da riflettere il creditore del defunto avere accettato quegli effetti sotto la condizione del loro pagamento, la quale non si verificò; ed ancora in cotesti termini quella decisione non ci pare un precedente molto sicuro (confr. arresto C. cass. 3 feb. 1857, Villars, Dev., 1857, I, 324, e *supra*, n. 163).

1423. — Con maggior ragione dovrebbero scorgere la novazione di cui parla l'art. 879 in ogni contratto o convenzione, onde il creditore del defunto e l'eredità modificassero tra essi puramente e semplicemente le condizioni del credito ereditario; come se invertissero, per esempio, il credito di un capitale esigibile in una vendita in mutassero le condizioni in ben diversa guisa la quale implicasse, da parte del creditore, rimettersi allo stes-

so erede per la esecuzione di coteste novelle convenzioni (confr. decis. C. di Rouen 10 apr. 1845, Gillet, Dev., 1847, II, 166, Demante, t. III, n. 220 bis, II. Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 340).

1424. — Dal fin qui esposto conseguita non esser necessario che il creditore del defunto abbia espressamente dichiarato accettare l'eredità per debitore.

Basta effettivamente avere avuto la intenzione di accettarlo per tale in qualsivoglia modo, *qualiter qualiter*, dica Ulpiano (L. I. § 45, h. -); — e la intenzione medesima, da parte sua, emergere dalla natura dell'atto e dagli altri elementi d'interpretazione, che il fatto può somministrare.

Nulladimeno ciò che puossi soggiungere, si è tale intenzione non doversi presumere agevolmente, e dovere chiaramente risultare dall'atto (arg. dall'art. 1273 — 1277).

1425. — E, a cagion di esempio, ben si comprende, nel caso particolare in cui il creditore avesse simultaneamente per obbligati il defunto ed il suo erede presuntivo, non desumersi alcuna novazione del suo credito dal fatto avere egli diretto procedimenti avverso questo ultimo; dappoiché poteva convenirgli in giudizio diversamente che nella sua qualità di erede (confr. arresto C. cass. 24 giugno 1841, Delontre, Dev. 1841, I, 723).

1426. — Altronde evvi un caso in cui ad evidenza il creditore del defunto avrebbe accettato l'eredità per debitore per guisa da non poter dimandare la separazione de' patrimoni: quello cioè in cui il creditore, divenuto erede del suo debitore, avesse accettato la eredità puramente e semplicemente! Di fatti è manifesto che sarebbe in tal modo, per così dire, accettato esso medesimo come debitore, e che avrebbe, col proprio fatto, renduto definitiva ed irrevocabile la confusione, la quale, sin dal giorno dell'apertura della successione, aveva estinto il suo credito nella sua persona.

Tutte quali cose conseguita non potere, come se fosse creditore del defunto, concorrere egli medesimo su' beni della eredità con gli altri creditori ereditari, i quali avessero dimandato la separazione de' patrimoni.

Diversamente avverrebbe però dell'eredità beneficiata (art. 802 — 749; ved. il tomo III, n. 181).

Ed anzitutto l'eredità pura e semplice, se fosse erede unicamente per parte, avrebbe al certo diritto di dimandare la separazione dei

patrimonii, avverso i creditori de' suoi coeredi per la porzione del suo credito, eccedente la porzione da contribuirsi da lui ne' debiti, e non estinta per confusione (confr. Demante t. III, n. 220, bis, IV).

4427. — Il creditore del defunto o il legatario il quale abbia accettato l'eredità per debitor perde però il diritto di dimandare la separazione de' patrimonii contro i creditori dell'eredità (art. 881 — 801).

Ma perde forse eziandio il diritto di concorrere, su' beni della eredità, co' creditori del defunto, i quali abbiano dimandato la separazione de' patrimonii?

Ulpiano affermativamente rispondeva (L. 4, § 46, ff. h. t.); ed il suo divisamento, per quanto rigoroso sembrar possa, ci pare unisono a' principii, e dovrebbe, a creder nostro, venir seguito.

Obbietterassi la separazione de' patrimonii non dover avere effetto fra' creditori del defunto gli uni verso gli altri? (*Infra*, n. 222).

Si! fra' creditori del defunto; ma precisamente chi accettò l'eredità per debitore cessò di esser creditore del defunto per divenire creditore dell'eredità: *hos enim cum creditoribus haereditis annumerandos*, dicea Ulpiano; e tale è pure l'idea racchiusa nel vocabolo *novazione*, il quale dimostra il credito avverso il defunto trovarsi in avvenire sparito nella confusione per addivenire esclusivamente un credito avverso l'eredità (confr. arresto C. cass. 3 feb. 1857, Villars, Dev., 1857, I, 324; Demante, t. III, n. 220 bis, III).

4428. — Ma supponiamo ora un creditore o un legatario il quale non abbia fatto novazione del suo credito, accettando l'eredità per debitore.

Ed investighiamo quali sieno le condizioni onde possa dimandare la separazione de' patrimonii.

L'art. 880 — 800 dichiara:

« Si prescrive (il diritto di dimandare la separazione de' patrimonii), riguardo a' mobili, col decorso di tre anni.

« Riguardo agli immobili, l'azione può esercitarsi finchè esistono in mano dell'eredità. »

Le condizioni dello sperimento del diritto non essendo come ben si ravvisa, sotto tutti i rapporti, le stesse relativamente a' mobili ed agli immobili, conviene separatamente disaminarle:

I. Primamente rispetto a' mobili;

DEMOLOMBE, Vol. VIII.

II. Poscia rispetto agli immobili.

1429. — I. Relativamente a' mobili, il diritto di dimandare la separazione de' patrimonii prescrive, a norma dell'art. 880, col decorso del triennio.

Il diritto romano aveva limitato al termine del quinquennio il diritto di dimandare la separazione de' patrimonii, senza veruna distinzione della diversa natura de' beni (L. 4, § 13, ff. h. t.).

Mentre per contrario il nostro antico diritto francese non aveva, in senso inverso, circoscritto con alcun termine il diritto di dimandarla rispetto a' mobili, nè rispetto agli immobili (confr. Polhier, *Introd.* al tit. XVII della *Cons.* di Orleans, n. 427).

Il Codice nostro non prese, su tal punto, a seguirne l'una nè l'altra di coteste tradizioni.

A differenza del romano diritto, non sommette indistintamente ad un termine assoluto il diritto di dimandare la separazione de' patrimonii.

Ma parimente, a differenza dell'antico diritto francese, esso circoscrive il diritto medesimo al triennio, relativamente a' mobili.

Cotesta specie di prescrizione poggia, sia sopra una presunzione di rinunzia da parte de' creditori del defunto o de' legatarii i quali sembrano avere accettato l'eredità per debitore per la stessa circostanza, durante un tempo sì lungo, non aver dimandato alcun provvedimento conservativo del loro diritto sopra una specie di beni la cui confusione e dissipamento riescono cotanto agevoli; sia segnatamente su la presunzione in vero di una confusione di fatto, la quale renderebbe per lo più impossibile, dopo decorso il termine medesimo, la separazione de' mobili del defunto da' mobili dell'eredità.

E abbastanza da notar cotesto termine del triennio esser quasi sempre quello dal nostro Codice stabilito per lo sperimento delle azioni qualsivogliano, le quali poggino sopra una specie di diritto di agire, più o meno imperfetto, relativamente a' mobili (confr. art. 809 2279 — 728, 2185).

4430. — Comunque l'ultimo motivo da noi testè additato si applichi precipuamente a' mobili corporali, pure altrove la stessa prescrizione è applicabile parimente a' mobili incorporali, ai crediti, alle rendite, ec.

E torna impossibile il distinguere qui i mobili corporali, dagli incorporali del pari che torna impossibile il distinguere, fra i mobili corporali quelli la cui confusione è age-

vole ed immediata, come il danaro contante. le derrate, ec., da altri mobili molto più riconoscibili, la cui individualità sfugge la confusione, come le stoffe, i quadri, i diamanti, ec.

L'assoluta generalità del primo comma dell'articolo in esame, in cui i mobili vengono contrapposti agli immobili de' quali parla il secondo comma; dimostra il primo comma comprendere tutti i beni non immobili.

1431. — Quale è mai il punto da cui comincia a decorrere cotesto termine di tre anni?

Le opinioni sono divergenti.

Alcuni giureconsulti insegnano il termine medesimo decorrere dal dì dell'accettazione della eredità da parte dell'erede: in sostegno di tale opinione invocasi primieramente l'autorità del diritto romano, in conformità di cui di fatti il quinquennio cominciava a decorrere *post additionem* (L. 1, § 15, ff. A. t.); ed i suoi propugnatori soggiungono la confusione di fatto, presunta avvenuta dopo il triennio, potendo emergere dalla sola accettazione, è ragionevole far decorrere il termine del triennio a computare da tale epoca: finalmente potrebbesi affermare trattarsi di un diritto il quale esercitarsi intuitu *haereditatis*, in considerazione della persona dell'erede, ed esser quindi mestieri attendere prima di esercitarlo, che si sappia qual sia l'erede! (Confr. Aubry e Rau sopra Zachariae tom. V, pag. 217).

Nondimeno avviamento doverci cominciare a decorrere il termine dal dì dell'apertura della successione. In vero per la stessa circostanza l'art. 880 non determinare alcun punto di partenza, debbesene inferire attenersi all'epoca dell'apertura della successione; e cotesta illazione trovasi pienamente confermata dall'art. 2114 — 1997, il quale fa decorrere, dal giorno in cui si è aperta la successione, il termine di sei mesi, in cui debbesi prendere la iscrizione per la conservazione del privilegio su gl'immobili. Soggiungiamo esser dessa pure unisona a' principii; e, appoiché il nostro erede francese, a differenza dell'erede romano, viene investito di pieno diritto della eredità, e quindi i eredi del defunto e de' legatarii possono agire contro di lui, sin dal giorno dell'apertura della successione. Finalmente è quella una epoca precisa e certa, che possi senza inconveniente prendere per punto di partenza; uentre si andrebbe incontro a multippli in-

convenienti col prendere per punto di partenza l'epoca spesso incerta ed ignota dell'accettazione.

Conveniamo questi ultimi motivi essere inapplicabili a' successori non investiti del possesso legale e sottoposti a formare una domanda di rilascio, come i successori irregolari ed i legatarii a titolo universale: ma onde forse, per quanto li riguarda, parrebbe più consentaneo alla logica il termine di tre anni decorrere a computare dal giorno in cui il rilascio fosse stato loro giudizialmente o volontariamente accordato. E nondimeno suggeriremmo, in tutti i casi, a' eredi del defunto di porsi in regola e non lasciar trascorrere il termine di tre anni dopo l'apertura della successione (confr. arresto C. cass. 9 aprile 1840, Devalocour, Sirey, 1841, I, 48, Merlin, Quist, di diritto, v. *Separas. de' patrim.*, § 2; Duranton, t. VII, n. 482; Chabot, art. 880, n. 7; Malpel, n. 208; Dufresne, n. 37; Demante, t. III, n. 221 bis, IV; Vazeille, art. 880, n. 2; Zachariae, Massé e Vergé, t. II, p. 332).

1432. — Dall' assoluta generalità del testo dell'art. 880, del pari che dallo essenziale motivo su cui trovasi principalmente fondato, è mestieri altresì inferire il termine di tre anni decorrere contro ogni persona ed in tutti i casi indistintamente:

Sia contro i creditori di età minore o interdetti, non ostante l'articolo 2252 — 2158; dappoiché trattasi effettivamente di un termine prefisso anziché di una vera prescrizione, ed altronde in generale le prescrizioni di breve durata decorrono pure, come ravviseremo, avverso i minori e gl' interdetti;

Sia contro i creditori i quali pretendessero ed offrissero ben anco di provare essere stata loro ignota l'apertura della successione;

Sia contro i creditori a termine o condizionali non ostante l'art. 2257 — 2163 (confr. *supra*, n. 108; Duranton, t. VII, n. 482; Demante, t. III, n. 221 bis, IV.)

1433. — Dalla circostanza l'art. 880 far menzione come causa di decadenza dal diritto di dimandare la separazione de' patrimoni, relativamente a mobili, della prescrizione triennale, non conseguita al certo cotesta causa esser l'unica che possa farne incorrere la perdita.

Per l'opposto torna indubitato il diritto medesimo potersi perdere eziandio prima del trascorrimento del triennio:

4. Per l'alienazione fatta dall'erede de' mobili ereditarij.

2. Per la confusione de' mobili medesimi co'suoi beni particolari.

4434. — 1. E primieramente, in caso di alienazione de' mobili ereditarij, eziandio prima del decorso del termine di tre anni, i creditori del defunto ed i legatarij non potrebbero al certo molestare i terzi acquirenti.

E questa la conseguenza indispensabile della massima francese in fatto di mobili il possesso valere per titolo (art. 2279 — 2485 agg. art. 4141 — 1095), e più specialmente altresì dell'altra massima, la quale ne è mero corollario su' mobili non agitati per ipoteca (art. 2149 — 2005).

Unquo è manifesto non potersi invocare il secondo comma dell' art. 880, il quale dichiara, riguardo agl'immobili, l'azione potersi esercitare, finchè esistono in mano dell'erede, per inferirne, a contrario, riguardo a' mobili, l'azione potersi esercitare, anche quando non si trovassero più presso l'erede.

È questo un argomento a fortiori, somministrato qui dall' art. 880: di fatti ciò che risulta dall'articolo medesimo non è la separazione de' patrimoniij potersi dimandare, pe' mobili, in un caso in cui non potrebbe dimandarsi per gl'immobili!

Tutto l'opposto l'è, precisamente il secondo comma dell' art. 880, ha per iscopo di dichiarare la separazione potersi dimandare, per gl'immobili, in un caso in cui non potrà dimandarsi pe' mobili! dappoichè, statnendo potersi dimandare, riguardo agl'immobili, finchè esistono in mano dell'erede, l'unico scopo del secondo comma dell'articolo in esame si è il disporre la prescrizione triennale, stabilita dal primo comma pe' mobili, non applicarsi agl'immobili.

4435. — L'alienazione de' mobili incorporali, de' crediti, delle rendite ec. vi sembra pure ostare alla separazione de' patrimoniij, al pari di quella de' mobili corporali, comunque la massima in fatto di mobili il possesso valere per titolo si applichi a' soli mobili corporali (ved. il nostro Trattato dell'Assenza, n. 248 e 252).

Nondimeno Duranton professa opposto sentimento. Egli insegna, che, se i crediti fossero stati semplicemente ceduti a persone terze o dati in pagamento dall'erede ad un determinato creditore, per guisa da non trovarsi ancora soddisfatti i crediti medesimi e non essere decorso ancora il termine di tre

anni a computare dal dì della morte, i creditori del defunto potrebbero aperimentare il loro diritto di preferenza rimpetto al cessionario o delegatario come rimpetto ad ogni altro creditore dell'erede; diversamente, afferma il nostro dotto collega, il diritto di separazione de' patrimoniij potrebbe divenire illusorio a piacimento dell'erede (t. VII, n. 485).

Ad onta della gravità di cotesto motivo, non avvisiamo potersi ammettere siffatta soluzione, e l'alienazione de' mobili, corporali o incorporali consentita dall'erede, laddove nessun dimostrazione siasi ancor fatta nè adoperato alcun provvedimento conservativo da' creditori del defunto, potersi oppugnare rispetto a' terzi compratori. Avviene al certo così dell'alienazione degli immobili, in conformità dell' art. 880, salvo il disaminare il mutamento emergente dall' art. 2144, ma ci sembra avvenire sempre così rispetto a' mobili, senza distinguere la loro diversa natura.

Noi già osservammo la generalità de' testi in disamina non comportare di fatti veruna simigliante distinzione (supra n. 472, ed infra n. 480; Lebrun, lib. IV, cap. II, sez. 4, n. 25.)

1436. — Altronde ben si comprende l'alienazione ostare alla separazione de' patrimoniij relativamente a' mobili alienati; e la separazione potersi dimandare pe' mobili conservati dall'erede (confr. arresto C. Cass. 8 nov. 1845, de Besse, Sirey, 4846, I, 437, Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 333).

4437. — Ducaurroy, Bonnier e Ruuslaing scrissero i creditori, del defunto ed i legatarij non avere alcun regresso da esercitare contro i terzi possessori de' mobili ereditarij, anche quando costoro fossero di mala fede, essendo spirito della legge non accordare alcun diritto di ag re (t. II, n. 770).

Non pertanto Papiniano stimava validi gli atti fatti dall'erede, prima della domanda medio tempore, sol quando andassero immuni da frode: *utique si nulla fraudis incurrat suspicio* (L. 2, ff. h. t.)

In vero Dufresne insegna esser mestieri che i terzi compratori sieno di buona fede per potere preservarsi dagli effetti della domanda di separazione de' patrimoniij (n. 47).

Relativamente a noi, avvisiamo essere uopo, per risolvere tal quistione, precisarne vienaggiormente i termini.

Se vegliasi affermare i terzi compratori non doversi considerare di mala fede, per

l'unico motivo avere acquistato dall'erede mobili ereditarii, conoscendo la loro origine, ciò ci sembra pure indubitato, quando però la vendita sia seria ed abbia avuto luogo per un prezzo conveniente; anzi è nostro divisamento non essere sufficiente in tal caso il conoscersi da essi la insolubilità dell'erede, che li alienò; e, sotto questo punto di veduta, adottiamo la dottrina de' nostri dotti colleghi della Facoltà di Parigi.

Ma da ciò è forse mestieri inferire i terzi rendutisi di fatti complici di una vera frode, i quali avessero; per esempio, speculando sul cordoglio ed i riproveroli propositi dell'erede, comprato da lui a vil prezzo mobili, che si fosse affrettato a vendere, come diceva Lebrun, immediatamente dopo la morte (lib. IV, cap. 4, sez. 1, n. 24), non avere a temere alcuna azione da parte de' eredi del defunto e de' legatarii?

Noi non intenderemo così statuire, ed al certo neppur tale è il divisamento di Ducaurroy, Bonnier e Ronstang: dunque sarebbe questa una quistion di fatto, e vi sarebbe luogo ad applicare i principii dell'azione Paolina o revocatoria con la sua distinzione fra compratori a titolo oneroso ed i compratori a titolo gratuito (art. 1467 — 1470).

1438. — Il diritto de' eredi del defunto e de' legatarii è al certo affatto perduto, quando il prezzo de' mobili ereditarii venne pagato dal compratore all'erede. In qualsivoglia modo altronde fu pagato, sia effettivamente, sia mercede compensazione o delegazione, tosto che, in ultima analisi, il prezzo medesimo si sia confuso co' beni dell'erede (confr. *infra* n. 203; arresto C. cass. 28 apr. 1840, 1416 des Ormes, Dev., 1840, I, 824; agg. arresto C. cass. 27 lug. 1843, Halley, Sirey, 1843, I, 438; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 246; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 541; nota a, Dufresne, n. 47).

1439. — Ma supponiamo che il prezzo sia ancor dovuto dal compratore.

I eredi del defunto ed i legatarii possono forse dimandare di essere soddisfatti, su questo prezzo, in preferenza de' creditori particolari dell'erede?

Per la negativa potrebbesi forse sostenere che la separazione de' patrimoni è un privilegio limitato a' beni estanti del defunto; e che la cosa del defunto essendo stata alienata, non potrebbesi estendere al prezzo, il quale non reputasi esso medesimo cosa ereditaria: soggiungeremmo che di fatti è prin-

cipio generale un privilegio qualsivoglia quando un mobile trovisi gravato non poter ricadere sul prezzo del mobile stesso, qualora fu volontariamente venduto dal debitore (confr. decis. C. di Montpellier 26 feb. 1810, Allard, Sirey, 1815, II, 206; Dubreuil, della Separaz. de' patrimon., cap. VIII, § 4, n. 3; ved. pure decis. C. di Nîmes 2 mag. 1850, Bastien, Dev., 1850, II, 285; Valette, de' Priv. ed Ipot., n. 86).

La opposta dottrina è nondimeno pressapoco unanimamente seguitata; e con somma ragione a parer nostro:

Primieramente contesta dottrina è sancita dalle più indubitte tradizioni del nostro antico diritto, ed è verosimile che il moderno legislatore, sì conciso nella subbietta materia abbia inteso riferirvisi su tal punto (confr. Voët, ad Pandect. de Separat., n. 4. Lebrun lib. IV, cap. 4, sez. 4, n. 25; Merlin, Rep., v. Separat. de' patrimon., § 3, n. 2), tanto più che è dessa affatto unisona a' veri principii.

In verità la separazione de' patrimoni può dimandarsi relativamente a tutti i valori ereditarii, al patrimonio ereditario, come lo stesso suo nome lo addita (art. 878 — 795); or il prezzo proveniente da un fondo ereditario alienato è esso medesimo ad evidenza un valore ereditario: dunque la separazione può dimandarsi relativamente al prezzo medesimo. E sotto questo punto di veduta, si è potuto affermare la dimanda di separazione de' patrimoni essere un'azione universale, cui fa di mestieri applicare la massima: *in iudiciis universalibus res succedit in locum pretii, et pretium in locum rei*.

Ciò serve nel tempo stesso di risposta all'argomento desunto dalla circostanza, per tesi generale, il privilegio, di cui trovasi gravato un mobile, non ricadere sul prezzo di questo mobile venduto volontariamente. Imperocchè, a prescindere dall'essere sommamente oppugnabile questo medesimo preteso principio (confr. Pont, de Prov. ed Ipot., art. 2402, n. 149), e, rispetto a noi, non vorremmo accettarlo in questi termini, torna manifesto non potersi applicare in questa speciale materia della separazione de' patrimoni, in cui il privilegio colpisce, nel tempo stesso che ciascuno de' beni, la massa medesima di tali beni considerati come patrimonio, come *universality ereditaria*.

Finalmente soggiugniamo l'art. 880 nulla racchiudere di opposto a contestata illazione;

dappoichè l'art. 880 (modificato altronde di poi, come ravviseremo *infra*, n. 192), dichiarando la separazione de' patrimoni potersi dimandare sino a quando gl'immobili esistano presso l'erede, ebbe semplicemente per iscopo di sottrarre la dimanda di separazione de' patrimoni, relativamente agli immobili, alla prescrizione triennale, cui il primo comma la sottopose rispetto a mobili (confr. arresti C. cass. 8 sett. 1809, Goudin, Sirey, 1810, I, 34; 26 giugno, l'auet, e 46 luglio 1828, Chastenay, Sirey, 1828, I, 394 e 427; decis. C. di Grenoble 30 ag. 1831, Roux, Dev.; 4832, II, 615; di Nîmes 24 lug. 1852, Alliaud, Dev., 4853, II, 2, 701; Toulhier e Duvergier, t. II, n. 544; Chabot, art. 880, n. 6, 7; e Belost-Jolimont, *op. cit.* I, Malpel, n. 218; Duranton, t. VII, n. 490; Demante, t. III, n. 224 bis, II; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 214; Dufresne, n. 41, 46, 48 e 53).

1440. — Converrebbe per gli stessi motivi applicare la medesima dottrina a mobili acquistati dall'erede in vece de' mobili ereditarij, cui si trovassero così surrogati; *subrogatum sapit naturam subrogati*: dunque il privilegio de' creditori del defunto e dei legatarij potrebbe applicarsi a mobili medesimi, sotto la condizione però la individualità loro e la loro identità tornare indubitata (confr. decis. C. di Nîmes 24 lug. 1852, Alliaud, Dev., 1853, II, 701; Lebrun, lib. IV, cap. I, sez. I, n. 29; Massé o Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 323; e le precedenti citazioni, n. 181).

1441. — L'alienazione de' mobili fatta dall'erede annientando o almeno potendo annientare interamente il diritto de' creditori del defunto e de' legatarij, è forza ad evidenza che abbiano un mezzo d'impedirla; senza di che il loro diritto troverebbesi in balia dell'erede e privo di ogni garanzia.

Ed è questa una prova indubitata, a ceder nostro, della troppo grande generalità, o piuttosto della inesattezza delle proposizioni, cotanto diffuse nondimeno nella dottrina, la separazione de' patrimoni non modificare i diritti conferiti dal possesso all'erede (Aubry e Rau sopra Zachariae, t. V, p. 230); l'erede conservare il diritto di alienare i beni ereditarij, senza potere i creditori del defunto opporsi a cotesta alienazione... (Dufresne, n. 41).

Tal dottrina è manifestamente troppo assoluta (supra, n. 146).

Indubitatamente, sino a quando i creditori

del defunto o i legatarij non abbiano manifestato il loro intendimento di dimandare la separazione de' patrimoni, l'erede può alienare come meglio gli piaccia; dappoichè è proprietario; ed è mestieri che gli stessi creditori del defunto, se vogliono dimandare la separazione de' patrimoni, prendano l'iniziativa.

Ma una volta presa da essi, ed appena manifestato il loro intendimento di dimandare il loro privilegio su' beni del defunto, non potrebbero ammettere aver l'erede ancora il diritto di alienare i mobili che trovassero gravati, val dire annientare a suo piacimento il loro stesso privilegio. Tal dottrina non sarebbe soltanto contraria alla ragione ed alla equità: essa offenderebbe eziandio i principj più inconcussi in conformità di cui il privilegio sopra un oggetto qualsivoglia, mobile o immobile, implica, a pro del creditore privilegiato, un vero diritto reale su l'oggetto medesimo.

E tanto precisamente statuiva lo stesso Papiniano, quando manteneva soltanto gli atti fatti di buona fede dall'erede, *medio tempore*, val dire nello intervallo dall'addizione della eredità alla dimanda di separazione; ammettendo così che, a principiare dalla dimanda di separazione, l'erede non dovesse più poter fare cosa alcuna in detrimento del diritto de' creditori ereditarij (L. 2, ff. h. t.).

Rinvigoreremo vie maggiormente siffatta tesi quando dimostreremo la separazione dei patrimoni conferire ai creditori del defunto il diritto di agire su gl'immobili della eredità (*infra*, n. 208).

Ma siccome non eravi diritto di agire su mobili, reputiamo sin da ora, per indubitato i creditori del defunto ed i legatarij poter adempere e dimandare, se vi sia luogo, giudizialmente tutti i provvedimenti che possono essere necessari, secondo i casi, per impedire all'erede di disporre de' mobili e valori mobiliari della eredità; cioè il deposito del danaro nella cassa de' depositi, il sequestro ad oggetto di rivendicazione degli altri mobili corporali; e la vendita stessa per depositarsene parimente il prezzo, il sequestro; il sequestro presso i debitori, &c.

Altronde tali provvedimenti vengono suggeriti da coloro medesimi i quali stabiliscono per massima i creditori del defunto non potere opporsi all'alienazione dei beni ereditarij da parte dell'erede, e quindi lo stesso Dufresne trovasi poscia indotto, per la forza

de' principii, a divisare *doversi provvedere da prima affinché l'erede non possa alienare i valori mobiliari ereditari nel'o istante medesimo in cui si apre la successione* (n. 60). Noi niente altro dimandiamo.

1442. — Torna tanto più indispensabile lo accordare a' creditori del defunto ed a' legatarii i mezzi di conservare efficacemente il loro diritto relativamente ai mobili, in quanto che non solo alienandoli l'erede può loro nuocere, ma può ancora recare al loro diritto grave offesa, dando i mobili medesimi in pegno a persone terze.

Nondimeno si è insegnato il pegno consentito dall'erede de' mobili ereditari non potersi opporre a' creditori del defunto, e poter esercitare la loro azione di separazione relativamente a' beni medesimi, senza esser tenuti di liberarli dal pegno: anzi si è spinta la conseguenza di cotesta dottrina sino ad affermare essere applicabile agli *effetti della eredità dall'erede recati in una locanda viaggiando*, per modo che il privilegio del locandiere dovrebbe rimaner vinto dal privilegio della separazione de' patrimoni dimandato dai creditori del defunto (confr. Dufresne, n. 44, 45; Toullier, t. II, n. 542).

È agevole comprendere quanto tali illusioni toruino impossibili, ed essersi lasciato indurre ad abbracciare, dietro l'autorità di Domat (*Leggi civ.* lib. III, tit. II, seg. 1, n. 6), il quale esso medesimo soggiace in ciò alla influenza de' principii del diritto romano, una dottrina inconciliabile coi nostri moderni principii intorno al pegno nel suo ravvicinamento alla nostra regola francese: in fatto di mobili il possesso valere per titolo (ved. art. 4843, 2402, 1. e 4, ec. — 1639, 1971).

Non è questo il luogo di sviluppare siffatti principii: ci basti il dire il diritto de' creditori del defunto e de' legatarii, relativamente al pegno espresso o tacito de' mobili ereditarii consentito dall'erede, sembrarci *doversi sommettere alle regole del diritto comune intorno alla subbietta materia*.

1443. — 2. Abbiamo soggiunto in secondo luogo (*supra*, n. 475) la separazione dei patrimoni non essere più possibile anche prima del trascorrimento del termine di tre anni, relativamente a quelli, fra' mobili del defunto confusi co' mobili dell'erede, per guisa da non potersi più riconoscere e distinguere: *confusis bonis et unitis* (L. 1, § 12, ff. h. t.).

I testi in disamina non l'hanno espressamente dichiarato; ma a dir vero non facevamo mestieri dichiararlo; dappoiché è questo un ostacolo di fatto ed un materiale impedimento; e, se han sottoposto il diritto di dimandare la separazione, relativamente a' mobili, alla prescrizione triennale, poggia sopra una presunzione di confusione (*supra*, n. 471), a fortiori dichiarano quindi virtualmente la separazione impossibile a petto alla stessa prova di questa seguita confusione! (confr. arresto C. cass. 8 nov. 1845, Hau-pochieb, Sirey, 1846. I, 137).

1444. — In quali casi vi sarà confusione, per guisa da non potersi più dimandare la separazione?

È questa ad evidenza una questione di fatto. Non pertanto Demante insegnò: « cotesta confusione sussistere sin da principio, se i mobili non furono inventariati, tranne quando la loro origine venne dimostrata con qualche atto equivalente allo inventario, *pote* con una divisione fra gli eredi; ed i creditori non poter venire ammessi a provare l'origine per testimonii; dappoiché è loro permesso procacciarsi un titolo regolare, dimandando l'inventario, in conformità dell'art. 941 C. pr. — 863. » (t. III, n. 221 bis, III).

Cotesta dottrina sarebbe, a parer nostro, un po' troppo assoluta.

Al certo regolarmente mercè l'inventario i creditori del defunto ed i legatarii possono e debbono nel tempo stesso far comprovare la esistenza e la individualità de' mobili ereditarii. Ma è pur mestieri che abbiano il tempo di dimandarlo! or possono trovarsi lontani dal luogo dell'apertura della successione, ovvero assenti, o decorri un determinato tempo più o men lungo, prima di aver potuto, per quanto fossero diligenti, dimandare l'inventario ovvero intervenirevi. Forse adunque non potranno in questo caso sostenere e provare con tutti i mezzi determinati mobili, che l'erede pretendeva essere suoi proprii, essere per contrario mobili della eredità? in quanto a noi non crediamo così, salvo però al magistrato il disaminare se la distinzione de' mobili ereditarii da mobili dell'erede possa ancora farsi, e se sia effettivamente provata. Indubitatamente era pur questo il disaminamento di Lebrun quando scrisse che: « *eziandio senza inventario, la separazione ha sempre luogo, mentre i beni possono distinguersi, e di fatti, propriamente parlando, la separazione sussegue la confusione, recet-*

to quando la confusione sia irreparabile (lib. IV, cap. II, sez. I, n. 22; agg. Pothier; delle success., cap. V, art. 4; Dufresne, n. 60).

1465. — Reciprocamente, in senso inverso, dall'essersi la origine de' mobili della eredità comprovata con inventario o con ogni altro atto equipollente, come la divisione fra gli eredi, non conseguirebbe la confusione non essere più in avvenire possibile, per guisa da ostare alla separazione.

La confusione, ripetiamolo, è un fatto e quindi se, eziandio dopo l'inventario ad ogni altro atto equivalente, tal confusione sia avvenuta in guisa che la distinzione de' mobili del defunto o di alcuni de' mobili medesimi dai mobili proprii dell'eredità torni materialmente impossibile, cum ita conjunctae possessiones et mixtae propriae ut impossibilem separationem effecerint (L. 1, § 12, ff. h. t.) fa di mestieri in verità ammettere tornare impossibile la separazione.

Indubitatamente determinati mobili, assodati una volta l'origine, potranno riconoscersi e riprendersi da' creditori del defunto, anche quando fossero stati mescolati di fatto co' mobili dell'eredità, come i mobili che guerniscono le abitazioni, la biancheria, i quadri, ec.

Ma sono vere altre la cui confusione è per contrario agevole.

Così il danaro contante della eredità mescolasi col danaro dell'eredità.

O lo stesso erede ha ricevuto lo importare de' crediti ereditari.

O ha venduto mobili, e ne ha riscosso il prezzo.

Qual rimedio volete voi apportarvi? la confusione, come affermava Lebrun, è allora irreparabile.

1466. — Nulladimeno Duranton insegnò dapprima, quando derrate o mercanzie della eredità fossero state comprese in un regolare inventario, e si fossero poscia consumate o vendute dall'eredità, in somma non si trovasse più in natura presso di lui, i creditori del defunto poter avere, su' beni dell'eredità, riguardo ai creditori di costui, un'azione di collazione, una preferenza sino alla concorrenza del valore di coteste derrate o mercanzie (t. VII, n. 484).

E questa sembra esser pure la dottrina professata da Chabot, il quale scrisse l'eredità dover conferire i mobili compresi nell'inventario o il loro valore (art. 880, n. 4 — 800)

Ma lo stesso Duranton abbandonò poscia quella dottrina (loc. supra cit.); e, non credendo nostro, con sommo fondamento; avvegnachè similgiante dottrina sarebbe davvero esorbitante; e, investendo così il diritto de' creditori del defunto in vero credito avverso l'eredità personalmente e sul suo particolare patrimonio, snaturerebbe il carattere della separazione de' patrimoni, con grave detrimento de' creditori particolari dell'eredità: di fatti sarebbe possibilissimo aver dissipato l'eredità i valori stessi della eredità; e non iscorgersi per qual ragione i suoi creditori particolari ne fossero responsabili di rimpetto ai creditori del defunto (confr. Dufresne, n. 60).

1467. — Dunque spetta a' creditori del defunto ed a' legatarii lo impedire tal confusione di fatto, di cui lo inventario non li preserva assolutamente, col ricorrere a provvedimenti conservativi.

Novel'la prova ancora della necessità di riconoscere in essi il diritto di valersene (supra, n. 446).

1468. — Più volte si è agitata la questione se vi sia una confusione di natura tale da ostare alla separazione de' patrimoni nel fatto i mobili della eredità e quelli dell'eredità essersi venduti simultaneamente e per un solo e medesimo prezzo;

O, se vi sia luogo, dietro la domanda dei creditori del defunto, ad una stima, affinché vengano soddisfatti in preferenza dei creditori dell'eredità, su la porzione ancor dovuta dal prezzo medesimo rappresentante il valore de' mobili ereditari.

Tal questione, come nella maggior parte quelle altronde rannodanti a cotesta parte del nostro subbietto, val dire allo stesso fatto della confusione, non ci sembra suscettiva di risolversi, per tesi generale, in modo assoluto.

Nondimeno in generale sarebbe nostro divisamento tal circostanza non ostare alla domanda di separazione, qualora, da un lato, la stima fusse di fatti possibile; e qualora, d'altro lato, la necessità della stima medesima e le sue difficoltà più o meno gravi non fossero imputabili a' creditori del defunto i quali non avessero consentito espressamente nè tacitamente a cotesto modo di vendita.

Ma per contrario la lor domanda di separazione potrebbe venir dichiarata irraccettabile, se l'uno o l'altra di tali condizioni, e segnatamente la seconda non si avveri (confr. in senso diverso arresto C. cass. 25 mag. 1812,

Bonnans, Sirey, 4812, I, 365; decis. C. di Riom, 3 ag. 1826, Servant, Sirey, 4828, II, 278; di Grenoble 7 feb. 1827, Blanc-Fatis, Sirey, 4827, II, 245; 30 ag. 1831, Rook, Dev., 4832, II, 645; Belosi-Jolimont sopra Chabot, art. 880, osservo. 2; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 216; Massé e Vergé, t. II, p. 344; Grenier, *delle Ipot.*, t. II, n. 431; Demante, t. III, n. 221 bis, III; Dufresne, n. 81, 82).

4449. — Il. Dobbiamo ora disaminare le condizioni onde la separazione de' patrimoni può dimandarsi relativamente agl' immobili (supra, n. 170).

A norma dell'art. 880, comma 2.

« Riguardo agl' immobili, l'azione può essere esercitata finché esistono in mano dell'erede ».

Ravviseremo cotesta disposizione trovarsi notabilmente modificata dall'art. 2144-1997. Ma, innanzi tutto, determiniamo bene in che essa consiste.

Or le due conseguenze emergenti dall'art. 880 sono le seguenti:

Da un lato, quante volte non fuvi alienazione, nessun diritto può stabilirsi, da parte dell'erede, su gl' immobili della eredità in detrimento de' ereditori del defunto;

D'altro lato, quando fuvi alienazione, i ereditori del defunto non possono molestare il terzo compratore, il quale è l'avente causa dell'erede.

E questo il tenore dell'art. 880.

Val dire il diritto di dimandare la separazione de' patrimoni, relativamente agl' immobili, non andare, sotto l'impero del predetto articolo, promesso alla osservanza di alcuna speciale formalità, nè di verun termine.

Torna indispensabile una sola condizione, cioè dovere gl' immobili esistere tuttora presso l'erede: dalle quali cose risulta la separazione de' patrimoni non generare allora il diritto di agire contro i terzi compratori.

1450. — Ma siffatta disposizione dell'art. 880 venne profondamente modificata dappoi con gli art. 2141 e 2143 — 1997 e 1999.

Questi articoli sono concepiti nel seguente modo:

Articolo 2141: « I ereditori ed i legatarii che dimandano la separazione e del patrimonio del defunto, in conformità dell'art. 878 del titolo delle successioni, conservano a riguardo a' ereditori degli eredi o rappresentanti del defunto, i loro privilegi so-

pra i beni immobili dell'eredità, mediante le iscrizioni fatte sopra ciascuno di questi beni entro sei mesi dal giorno in cui si è aperta la successione.

« Prima della scadenza di questo termine, non può essere costituita con effetto vera e propria ipoteca sopra i detti beni dagli eredi o rappresentanti il defunto, in pregiudizio de' ereditori o legatarii.

Articolo 2113: « Tutti i crediti privilegiati sottoposti alla formalità dell'iscrizione, e pe' quali non si sono osservate le condizioni e superiormente prescritte affine di conservare il privilegio, non lasciano tuttavia di essere ipotecari, ma l'ipoteca relativamente a' terzi si misura soltanto dall'epoca delle iscrizioni, le quali dovranno farsi come in appresso ».

Non è questo il luogo di dare una compiuta spiegazione di tali importanti disposizioni (supra, n. 402).

Nondimeno dobbiamo additare le condizioni che i predetti articoli impongono in avvenire allo esercizio della separazione de' patrimoni, nelle due ipotesi testè riferite, cioè:

A. Nella ipotesi in cui gl'immobili si trovino ancora presso l'erede;

B. Nella ipotesi in cui vennero da lui alienati.

1451. — A. Questa prima ipotesi è la più semplice.

Se i ereditori del defunto prendano iscrizione entro i sei mesi a computare dal giorno dell'apertura della successione, hanno un privilegio, val dire dovranno esser preferiti con effetto retroattivo, ai ereditori ipotecari dell'erede, anche quando costoro avessero preso iscrizione, prima di essi, su gl'immobili ereditari (art. 2095 — 1965).

Se i ereditori del defunto prendano iscrizione dopo trascorsi i sei mesi, hanno semplicemente una ipoteca; val dire verranno graduati sotto la data della loro iscrizione, e conseguentemente dopo quelli fra' ereditori ipotecari dell'erede, i quali presero iscrizione prima di essi (art. 2131 — 2020).

Altrove precisamente questa medesima iscrizione si richiede dalla legge; ed essa non potrebbe surrogare con altro atto, neppure con la trascrizione di un testamento, onde il de cuius avesse ordinato la vendita de' suoi beni per soddisfare i suoi ereditori (confr. arresto C. cass. 5 mag. 1830, Bourgey, D., 4830, I, 234; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 337).

La legge del dì 11 febbrajo anno VII nulla dispose di simigliante (*supra*, n. 400); ed i compilatori del nostro Codice interamente si appartiene, come osservò benissimo Valette. l'onore di cotesto utile mutamento (*dello Effetto ord. n. della Iacriz.*, p. 22).

Di fatti è desso utilissimo; dappoi ch'è concilia e soddisfa tutti gl'interessi: quello dell'erede, che esso non lascia indefinitamente sotto la minaccia di una domanda di separazione de' patrimoni, il cui effetto sempre retroattivo inceppava il suo diritto di disporre ed il suo credito: — quello de' terzi, i quali, entro i sei mesi dal dì dell'apertura della successione, vengono avvertiti dovere egli non fidare de' diritti lor conceduti dall'erede su gl'immobili ereditarij; — e finalmente quello de' creditori del defunto, i quali dovrebbero accagionare a sè stessi la loro negligenza, se non prendessero iscrizione in questo termine (*confr. la Esposizione premessa al progetto proposto dalla Corte di Cassazione, Fenet, t. II, p. 640*).

4452. — Ma qual sarà il diritto de' creditori del defunto e de' legatarij, rispetto a' terzi, cui l'erede concesse, prima del trascorrimento de' sei mesi o dopo, diritti di natura diversa dalla stessa proprietà, per esempio, una locazione maggiore di diciotto anni, un' anticresi, una servitù o un usufrutto?

I creditori del defunto, domandando la separazione de' patrimoni, non possono forse fare avanzare i diritti medesimi?

Per la negativa potrebbe sostenersi la separazione de' patrimoni andar diretta contro i creditori dell'erede (art. 878, 2411 — 798, 1997), ed i terzi di cui trattasi non essere creditori, avendo acquistato unicamente un *jus in re* e non già un *jus ad rem*. Aggiungerebbesi tale essere la conseguenza del principio la facoltà, pe' creditori del defunto, di domandare la separazione de' patrimoni non alterare, nella persona dell'erede, lo effetto del possesso, nè conseguentemente il suo diritto di disporre; ed essere uopo però concludere con Papiniano: «... *Quae bona fide medio tempore per haereditem gesta sunt, rata conservari solent* (L. 2, ff. h. t.).

Cotesta conclusione al certo non sarebbe soddisfacente:

La separazione è essenzialmente paggiata sul principio l'erede non potendo appropriarsi i beni della eredità se non dopo soddisfatti i creditori del defunto, di cui formano il pegno speciale, i suoi aventi causa non possono

avere diritti maggiori di lui stesso: or i terzi, cui l'erede concesse coteste specie di diritti su gl'immobili della eredità, son però suoi aventi causa: dunque lo essenziale principio della separazione de' patrimoni è loro pure applicabile. E ciò dimostra il vocabolo *creditori*, adoperato negli articoli in esame, doversi intendere qui *secundum subjectam materiam*, in senso ampio, e come sinonimo di *avente causa de' l'erede*.

È ben vero l'art. 880 non annoverare fra gli aventi causa dell'erede i compratori de' gl'immobili ereditarij; ma precisamente i terzi di cui trattasi non sono compratori, non hanno acquistato la proprietà; in somma, non ostante la concessione del diritto loro fatta, gl'immobili esistono ancora in mano dell'erede: dunque la separazione de' patrimoni può dimandarsi, ed in vero Papiniano sembrava applicare la sua massima al solo caso di alienazione: *vendita haereditate*, egli diceva. (*Ved. il tomo IV, n. 507*).

Dunque avvisiamo i creditori del defunto, i quali prendessero iscrizione entro i sei mesi a computare dal giorno dell'apertura della successione, potrebbero non riconoscere l'esistenza di coteste specie di diritti conceduti dall'erede prima della loro iscrizione.

Ed anzi potrebbe sostenere potere egli non parimente far ciò, nel caso in cui avessero preso iscrizione sol dopo trascorso il termine di sei mesi, pel motivo precisamente l'art. 880 eccettuare il solo caso di alienazione, e non esservi qui alienazione.

Nulladimeno non sarebbe forse più consentaneo alla logica ed al vero spirito della legge lo assimilare a' creditori ipotecarij dell'erede tutti i terzi che ottennero dall'erede un diritto reale su gl'immobili, e conseguentemente applicare agli uni ed agli altri la distinzione di tempo emergente dagli art. 2411 e 2413? Di fatti se è vero il vocabolo *creditori* essere nella subbietta materia sinonimo di *avente causa*, debbe avere in tutti i casi la stessa significazione relativamente a' terzi, a pro di essi del pari che contro di essi.

E di qui discenderebbe coloro n'quali l'erede concesse un diritto di usufrutto, servitù, anticresi, ovvero locazione maggiore di diciotto anni, ed i quali trascrissero il loro titolo, in conformità della legge del 23 marzo 1855 (art. 1, 2 e 3), potrebbero opporre i titoli medesimi a' creditori del defunto, iscritti dopo trascorso il termine di sei mesi e dopo la trascrizione.

4453. — Il creditore del defunto, il quale avesse preso già iscrizione su' suoi immobili prima della sua morte, dovrebbe forse, per ottenerne il beneficio della separazione de' patrimoni, prendere novella iscrizione, in conformità dell'art. 2441, dopo l'apertura della successione?

Complessa è tal quistione; e può sorgere in più ipotesi.

Primamente possi dimandare se la iscrizione anteriormente presa, su lo stesso defunto, prima della sua morte, possa conservare, dopo la sua morte, contro i creditori dell'eredità, senza una novella iscrizione, diritti o crediti diversi da quelli che essa avrebbe conservati avverso i creditori del defunto?

Per esempio, il creditore del defunto, in forza della sua iscrizione anteriore alla morte, non avrebbe avuto diritto di essere collocato a petto degli altri creditori del defunto nel grado di quella iscrizione, se non pel capitale del suo credito e per due anni d'interessi e l'anno corrente: si suppone non avere egli iscrizione particolare per le altre annualità d'interessi (art. 2451 — 2455).

Ebbene l'avrà forse diritto, rispetto a' creditori dell'eredità, di essere collocato nel grado di questa novella iscrizione, con tutti gli interessi indistintamente, che potessero essergli dovuti?

La Corte di cassazione statui per l'affermativa:

Atteso che la conservazione del privilegio che hanno i creditori del defunto, attori per separazione de' patrimoni, dipende, a norma dell'art. 2441, dall'unica condizione di trovarsi iscritti su' predetti immobili entro i sei mesi dal giorno dell'apertura della successione; — che la necessità d'iscriversi entro il termine medesimo è ad evidenza imposta al creditore, i cui diritti non vennero manifestati mercè preesistente iscrizione, e per impedire di stabilirsi alcuna ipoteca, nel corso dello stesso termine di mesi sei, in suo detrimento dall'eredità del defunto; ma che la legge non poteva richiedere che il creditore utilmente iscritto prima della morte fosse tenuto di prendere per la conservazione di un diritto già pubblico una novella iscrizione, identica alla prima; e che nulla disvelasse a' terzi... » (Arresto 30 nov. 1847, Labrousse, Dev., 1848, I, 17.)

Non avvisiamo esser giuridico cotesto modo di decidere:

1. Di fatti il principio generale si è i creditori del defunto avere, di rispetto a' creditori dell'eredità, in forza delle iscrizioni prese sul defunto, gli stessi diritti che avevano di rispetto agli altri creditori del defunto: dappoiché l'eredità è la continuazione del defunto ed i creditori del defunto di vengono creditori dell'eredità;

Or supponiamo che la iscrizione presa sul defunto prima della sua morte avesse conservato, rispetto a' creditori del defunto, nello stesso grado soltanto il capitale, due anni d'interessi e l'anno corrente;

Dunque questa medesima iscrizione non poteva conservarne vie maggiormente rispetto a' creditori dell'eredità.

È vero i creditori del defunto avere un mezzo di ottenere, contro i creditori dell'eredità, diritti maggiori di quelli emergenti dai loro titoli, riguardo agli altri creditori del defunto, val dire la separazione de' patrimoni; ma è pur mestieri che la dimandino: or tal dimanda, relativamente agli immobili, è una iscrizione: dunque è indispensabile che prendano una iscrizione dopo la morte, se vogliono di fatti ottenerla.

2. E ciò ci sembra dimostrare cotesta novella iscrizione non costituire, come pretendesi col su riferito arresto, una ripetizione della iscrizione già esistente; avvegnachè la iscrizione esistente appalesa soltanto a' creditori dell'eredità il creditore iscritto doversi graduare prima di essi per due anni d'interessi e per l'anno corrente; mentre la novella iscrizione, per separazione de' patrimoni, manifesterà loro intendere venir graduato prima di essi per tutti gli interessi indistintamente dovutigli.

3. Supponiamo un creditore del defunto avere simultaneamente due titoli ipotecari, uno de' quali fosse stato iscritto prima della morte e l'altro non fosse stato iscritto, forse potrebbe egli invocare la preferenza contro i creditori dell'eredità, pel suo credito non iscritto, in forza della iscrizione dell'altro? ciò sarebbe ad evidenza impossibile; e nondimeno la dottrina da noi combattuta mena direttamente a tal conseguenza! Di fatti che monta trattarsi di altro credito principale o di un credito accessorio: in entrambi i casi il principio è lo stesso, cioè la iscrizione anteriore alla morte non conservare, avverso i creditori dell'eredità, se non ciò che conservava avverso i creditori dello stesso defunto! (Confr. Duvilleneuve, Osservazioni

41818, loc. *supra cit.*, Aubry e Rau sopra Zachariae, t. V, p. 248, Marton, de Priv. ed. ipot., t. II, n. 678; Pont, de priv. ed. ipot., art. 2406-2443, n. 300).

4454. — Viemaggiamente l'è gravissima quistione quella se la iscrizione presa dal creditore del defunto, prima della morte, produca in tutti i casi, e verso tutti i creditori dell'eredità indistintamente lo stesso effetto che produceva avverso i creditori del defunto, e se non può accadere che, per conservare il grado ipotecario assicuratosi dalla data della sua iscrizione, prima della morte, su lo immobile del defunto, il creditore sia astretto a dimandare una novella iscrizione, dopo la morte, in conformità dell'art. 2144.

Vogliamo ragionare del caso in cui il creditore del defunto concorre con un creditore dell'eredità avente ipoteca su gl'immobili presenti e futuri del suo debitore, val dire una ipoteca generale, la cui data fosse anteriore alla sua.

A cagion di esempio Paolo concesse ad un terzo, sul suo immobile, una ipoteca iscritta nel 1 marzo.

Pietro, erede presuntivo di Paolo, contrasse matrimonio nel 4 febbraio precedente, e sua moglie acquistò conseguentemente ipoteca generale, il cui grado risaliva al giorno del contratto di matrimonio, su tutti gl'immobili presenti e futuri del marito per la dote e le sue convenzioni nuziali (art. 2121-2135 — 2007 — 2024).

In tale stato di cose Paolo muore e Pietro diviene suo erede.

Si domanda se l'ipoteca legale della moglie di Pietro vincerà l'ipoteca del creditore del defunto; e se conseguentemente sia necessario, per impedire cotesto risultamento della confusione che il terzo, creditore già iscritto del defunto, prima della sua morte, prenda dopo la morte una novella iscrizione per separazione de' patrimoni, in conformità dell'art. 2144.

Lebrun, vigente il nostro antico diritto, insegnava positivamente l'affermativa (lib. IV, cap. 4, sez. II, n. 41); e tale era pure il sentimento di Merlin (Rep. v. Separazione de' patrim., § 44, n. 4.)

Ed in sostegno di cotesta dottrina possiamo ragionare nella seguente guisa:

La confusione, emergente dall'accettazione della eredità, produce il duplice effetto, da un lato che i beni del defunto divengono i beni dell'eredità, come se gli fossero sempre

appartenuti; e d'altro lato che i creditori del defunto divengono creditori particolari dell'eredità, come se li fossero stati sempre (ved. il tomo II, n. 512);

Or se gl'immobili del defunto fossero stati sempre immobili dell'eredità ed i creditori del defunto fossero stati sempre creditori dell'eredità, torna indubitato l'ipoteca legale della moglie dell'eredità, la quale risale al 4. febbraio, vincere l'ipoteca del creditore del defunto, la quale rimonta al 1. marzo;

Dunque debbe esser avvenuto per effetto della confusione, la quale fa considerare come un solo patrimonio i due riuniti patrimoni, e come un solo ceto di creditori i due ceti riuniti de' creditori.

Il che non è giusto! diceva Lebrun (loc. *supra cit.*); quindi soggiungeva i creditori ipotecari del defunto poter opporre a cotesto risultamento dimandando la separazione dei patrimoni; ma è mestieri però che essi la dimandino! (Confr. Vazeille, art. 878; Grenier, t. II, n. 420, Malpel, n. 247; Cabanets, *Attrista di legist.* di VVolowski, t. IV, p. 31, Blondeau, *della Separaz. de' patrim.* p. 490, nota 4; Pont, de Priv. e delle Ipot., art. 2406-2443, n. 300).

Tornerebbe impossibile il disconoscere la estrema gravità di cotesta argomentazione; e non pertanto essa ci lascia ancora scrupoli gravissimi, che intendiamo rivelare:

In vero è pure principio inconcusso l'eredità conseguire i beni della eredità col peso delle ipoteche de' creditori del defunto, e conseguentemente non aver potuto ipotecarsi ai proprii creditori se non con questo peso: io mi valgo delle stesse espressioni di Pothier, il quale per tal motivo divideva, avverso il sentimento di Lebrun, il diritto di separazione tornare inutile a' creditori ipotecari (delle Success., cap. V, art. 4);

Or quando gl'immobili del defunto pervengono all'eredità trovandosi già prima dell'apertura della successione, gravati d'ipoteca, impressavi e la quale costituiva, nel suo grado in avvenire stabilito dalla data della iscrizione, un diritto acquisito pel creditore;

Dunque col peso di tale ipoteca l'eredità conseguì quegli immobili: dunque i suoi particolari creditori, qualunque sieno; la moglie al pari degli altri, i quali sono suoi aventi causa, possono vantare ipoteca su gl'immobili medesimi col peso della ipoteca preesistente da parte del defunto, prima dell'apertura della successione.

Non è forse esagerare lo effetto della confusione il pretendere conseguirla nei immobili della eredità reputarsi essere stati sempre immobili dell'erede! Sistema siffatto costituirebbe la negazione stessa, la radicale ed assoluta negazione della trasmissione ereditaria: or cotesta trasmissione è un fatto; o la stessa legge riconosca siffattamente essere esistita da determinarne gli effetti: la stessa confusione è uno de' suoi effetti; ma l'effetto precisamente presuppone la causa: or, se la confusione non impedisca di aver luogo la trasmissione, val dire succedere l'erede al defunto, e conseguentemente il defunto essere stato proprietario prima di divenirlo l'erede, forse può impedire questa giuridica e necessaria conseguenza della trasmissione, cioè l'erede non esser divenuto proprietario, dopo il defunto, se non col peso delle ipoteche da lui consentite?

Se il defunto avesse costituito una servitù eziandio di data posteriore a quella de' loro titoli, converrebbe che i creditori ipotecari dell'erede: anche quando avessero una ipoteca generale, prendessero il loro partito: or, per qual motivo non rimarrebbero vincolati come l'erede, loro debitore, di cui sono gli aventi causa, dal diritto reale emergente da ipoteca conceduta dal defunto, come rimarrebbero vincolati dallo stabilimento di una servitù consentita dallo stesso defunto in data posteriore a quella del loro titolo ipotecario?

E ben vero la data dell'ipoteca legale della moglie dell'erede essere del 4. febbraio, mentre la data della iscrizione del creditore del defunto è il 4. marzo. Ma che mai monta qui cotesta differenza di date! Lo indubitato sì è il creditore del defunto avere, mentre viveva il debitore, un diritto reale bene e debitamente acquistato su lo immobile; mentre viveva il debitore, val dire in epoca in cui l'ipoteca generale della moglie dell'erede solo, per aspettativa, poteva gravare gli immobili futuri: or, quando lo immobile medesimo potette, per la prima volta, venir colpito dalla ipoteca legale, essa il rinvenne già gravato da ipoteca, la quale modificava la proprietà come pervenne all'erede (confr. dec. C. di Grenoble 11 marzo 1854, Vallet, Dev., 1854, II, 737; Dufresne, n. 403, 404 Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 224).

Sarebbe quacata la dottrina da noi professa.

Del rimanente, in similgiante caso, sarà

sempre prudenza pe' creditori ipotecari dell'erede dimandare una iscrizione, in conformità dell'art. 2114.

1455. — E controversa quistione quella se il diritto di dimandare la separazione dei patrimoni, relativamente agl'immobili, vada sottoposto ad una prescrizione qualsiasi.

Parecchi giureconsulti, invocando la disposizione generale dell'art. 2262 — 2169, insegnano prescriversi col trentennio (confr. Duranton, t. VII, n. 486; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 639, nota 6; Dufresne, n. 56; ved. pure Merlin, Quist. di dir., v. Separaz. dei patrimoni, § 2.)

Per contrario avvisiamo, in quanto a noi, cotesto diritto, relativamente agl'immobili, non andare sottoposto ad alcuna speciale prescrizione, e perdurare tanto quanto lo stesso credito, cui trovasi attribuito.

Sembra dapprima indubitato esser questo il nostro antico diritto: di fatti ne' più esaltati termini Potbier insegna la separazione de' beni potersi sempre dimandare (introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 127; confr. arresti C. cass. 17 ott. 1809, Goudin, Sirey, 4810, I, 31; 8 nov. 1815, Hoppeich, Sirey, 1815, I, 437; dec. C. di Tolosa 26 mag. 1829, Poncet, Sirey, 1829 II, 311, di Grenoble 30 ag. 1831, Roux, Dev., 1832, II, 645; arresto C. cass. 3 marzo 1835, Coille, Dev., 1835, I, 461).

E la stessa dottrina ci sembra pure oggi emergere nel tempo medesimo dal testo del nostro codice e da' principii.

In vero da un lato l'art. 880 dichiara, riguardo agl'immobili, l'azione potersi sperimentare finchè esistono in mano dell'erede a cotesta formola ha tanta maggior significazione in quanto che trovasi collocata immediatamente dopo il primo comma dello stesso articolo, il quale stabilì per contrario una prescrizione relativamente a mobili; ed allroede, a norma degli art. 2111 e 2113, è uopo di l seguente dilemma: il creditore del defunto avrà preso iscrizione entro i sei mesi a computare dal giorno dell'apertura della successione, ed allora non vassi incontro a veruna difficoltà; o non avrà preso iscrizione, nel termine medesimo, ed allora può in ogni epoca dimandare una iscrizione ipotecaria, la quale conseguirà il suo grado dalla sua data;

D'altro lato nulla evvi di più unisono ai principii: il privilegio della separazione dei

patrimoni è, al pari degli altri privilegi, un diritto accessorio ed ausiliario; o piuttosto è desso una qualità del credito cui va attribuito (art. 2095 — 1965); ed è semplicissimo andar sottoposto alla stessa prescrizione cui va sommerso il medesimo credito (confr. Vazeille, *de l'Espr.*, n. 383; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 217; Massé e Vergé, t. II, p. 333).

1456. — Le regole da noi testè esposte su le condizioni onde può esercitarsi il diritto di separazione de' patrimoni, relativamente agl' immobili, sono generali: esse non verrebbero modificate dal fallimento del defunto dichiarato dopo la sua morte, nè da quello del suo erede; queste circostanze, e l'ultima seguatamente, le rendono per contrario vieppiù necessario (confr. decis. C. di Parigi 22 marzo 1824, Remy, D., 1825, II, 419; arresto C. cass. 22 giugno 1841, Deleutre, Dev., 1844, I, 723, de Frominville, della Minore età, I, 396; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 221.)

1457. — La confusione di fatto la quale, relativamente a' mobili, può formare sì spesso un ostacolo alla separazione de' patrimoni (supra, n. 485), non potrebbe per contrario concepire riguardo agl' immobili, la cui individualità rimane sempre distinta e ravvisabile.

Noi neppure opineremmo in generale i favori qualsivogliano che l'erede avesse potuto fare su gl'immobili ereditarii, imutamenti, le demolizioni, costruzioni, piantagioni ec., poter costituire una eccezione avverso la domanda di separazione formata da' creditori del defunto: ne emergerebbe soltanto potere esservi luogo alla distrazione su lo importare del prezzo della vendita della somma formante lo incremento di valore, come avviene in simiglianti congiunture (confr. art. 2175 — 2069).

Almeno converrebbe supporre, per avvenire diversamente, l'ipotesi molto rara, in cui la distinzione de' valori fosse, come affermava Lebrun, *invinibile ed irrimediabile* (lib. IV, cap. II, sez. I, n. 23 e 25; confr. decis. C. di Lione 20 marzo 1828, Bourgeois D., 1829, II, 22).

1458. — B. Supponiamo ora essersi lo immobile ereditario alienato dall'erede (supra, n. 492).

Non andrassi incontro a difficoltà rispetto ai creditori del defunto o ai legatarii che presero iscrizione su lo immobile, in conformità

degli art. 2111 e 2113 — 1997 e 1999, anteriormente all'alienazione (val dire anteriormente alla trascrizione, a norma dell'art. 6 della legge del 23 marzo 1855).

Non pertanto Marcadé insegnò che, anche quando il creditore del defunto avesse preso iscrizione prima dell'alienazione, in conformità degli art. 2111 — 2113, reputerebbesi decaduto dal diritto di dimandare la separazione de' patrimoni, se non avesse dimandato altresì, prima dell'alienazione, in conformità dell'art. 880, la separazione de' patrimoni, la quale può dimandarsi, dice il dotto autore, *finché gl'immobili esistono in mano dell'erede* (art. 880, n. 4 — 500).

Ma cotesta dottrina è, a parer nostro, affatto inammissibile: in vero essa suppone la necessità di una domanda principale e *ad hoc* per separazione de' patrimoni, a prescindere dalla iscrizione richiesta all'uopo su gl'immobili: or già dimostrammo nessuna domanda di tal genere essere necessaria (supra, numero 439).

1459. — Per l'opposto sorge gravissima difficoltà, quando il creditore del defunto non avesse ancora iscritto prima dell'alienazione.

Di fatti questa difficoltà è tanto più grave in quanto che trovasi necessariamente frammista a due quistioni esse medesime sommamente controverse; cioè:

1. Specialmente, se la separazione de' patrimoni generi il diritto di agire (infra, n. 208);

2. In generale, se trovisi perduto il diritto di agire, il diritto di preferenza può conservarsi.

E, secondo il partito che prenderassi su di ambedue tali quistioni, si perverserà a conclusioni varie intorno al sapersi qual sia il diritto de' creditori del defunto non iscritti prima dell'alienazione dello immobile.

Le opinioni, nella dottrina, ed eziandio i giudicati, nella giurisprudenza, presentano, in questa parte del nostro soggetto, più che in ogni altra, molteplici divergenze, e, conviene pure confessarlo, oscurità e confusione.

Alcuni avvisano dopo l'alienazione nessuna iscrizione potersi dimandare, a norma dell'articolo 880, su lo immobile alienato, per guisa da non essersi potuto dimandare neppure entro il termine di giorni 15 da quello della trascrizione sotto l'impero dell'antico articolo 834 C. pr. — 917 (confr. Zachariae, § 618 testo e nota 20; Marcadé, art. 880, numero 4).

Altri per l'opposto insegnano la iscrizione essersi potuto dimandare, in forza dell'art. 834, entro il termine di giorni 45 da quello della trascrizione del contratto, ma non più oltre (confr. Grenier, *delle ipot.*, t. II, n. 432; Duranton, t. VII, n. 490, e t. XIV, n. 220, 224; Demante, t. III, n. 222 bis, l.)

Finalmente altri ammettono la iscrizione potersi ancora prendere non solo dopo l'alienazione, non solo entro il termine di giorni quindici conceduto dall'antico articolo 834, ma ancora dopo trascorsi il termine medesimo, ed oggidì dopo la trascrizione, sino a quando non trovisi decorso il termine di sei mesi dopo l'apertura della successione, in conformità dell'art. 2141 (confr. decisi. C. di Colmar 3 mag. 1834, Saltmann, D., 4835, II, 9; di Caen, 2, cam., 25 mag. 1844; Picquet, D., *Rac. alfab.*, v. *Ipot.*, p. 114, n. 4; Vazeille, art. 874, n. 16; Troplong, *delle Ipot.*, t. I, n. 326, 327; Betoul-Jolimont sopra Chabot, art. 880, osserv. 4; Aubry e Rau sopra Zachariae, t. V, p. 222, 223; Dufresne, n. 66).

1460. — Non è questo il luogo di esaminare cotesti vari sistemi rannodantisi intimamente allo intero meccanismo del nostro reggimento ipotecario.

Soltanto affermeremo, a voler nostro, oggidì, dopo la legge del 23 marzo 1855, la iscrizione per separazione de' patrimoni non potersi più preedere, dopo la trascrizione, avverso il terzo compratore, ad obbietto di conseguire contro di lui il diritto di agire. In vero la legge del 23 marzo 1855 non parla menomamente della separazione de' patrimoni, e conseguentemente lascia sotto l'impero della regola generale da essa formata nel suo art. 6 (confr. Demante, t. III, num. 222 bis, l.).

In quanto a noi, lamentiamo cotesto risulamento; e ci pare il legislatore belga essere stato meglio ispirato, quando con l'art. 39 della legge del 16 dicembre 1854, intorno alla revisione del sistema ipotecario, dispose prima del trascorrimento de' sei mesi, a computare dal giorno dell'apertura della successione, nessuna ipoteca potersi stabilire su gli immobili ereditarij, ne consentirsene alcuna alienazione dag' i eredi o rappresentanti del defunto in detrimento de' creditori e legatarij.

Noi avvisiamo che sarebbe stato saggio il seguitare cotesto esempio; e ci sembra potersi di fatti lamentare il legislatore francese nei

1855 non averne profitato per lumeggiare in tal senso la disposizione dell'art. 2111 del nostro Codice.

Nello stato attuale il diritto di agire è ben poco garantito, nello interesse della separazione de' patrimoni: è manifesto la separazione venir segnatamente dimandata nel caso in cui l'erede non sia solvente; ed allora precisamente moltissimo è da temere affrettarsi a realizzare i valori della eredità mercè di un alienazione, la quale priverà i creditori del defunto ed i legatarij del loro diritto di agire se il compratore faccia senza indugio trascrivere il suo contratto.

Indubitatamente sarebbe questa una grave ragione di più per distinguere qui il diritto di agire dal diritto di preferenza, e per autorizzare i creditori del defunto ed i legatarij a prender iscrizione eziandio dopo la trascrizione, entro i sei mesi dal giorno dell'apertura della successione, ad obbietto di conservare il loro diritto di preferenza sul prezzo ancor dovuto dal compratore. Ma ciò nulla ha di particolare al nostro subbietto: converrebbe, per così statuirci, nella materia in esame, ammettere per tesi generale, il diritto di preferenza poter sopravvivere al diritto di agire, la qual tesi non vorremmo, da parte nostra, suggerire, e che altronde ci riserviamo trattare a suo luogo (confr. intorno a tal questione la discussione completissima di Houyvet, nel suo importante trattato *della graduazione fra' creditori*, n. 36 e seg.).

1461. — I creditori del defunto, i quali non avessero preso iscrizione in tempo utile, potrebbero nondimeno venire forse soddisfatti, sul prezzo ancor dovuto dal compratore, in preferenza de' creditori particolari dell'erede?

Dei suoi creditori ipotecarij iscritti? ad evidenza no! (Art. 2144-2145—1997-1999.

Ma de' suoi creditori chirografarij?

Per la negativa puossi così ragionare:

La separazione dei patrimoni costituisce, sia un privilegio (art. 2144), sia una ipoteca (art. 2143): or il privilegio e la ipoteca hanno effetto per la iscrizione (art. 2106-2134 — 1992-2020); dunque i creditori del defunto, i quali non domandarono iscrizione, non possono opporre la separazione de' patrimoni ad alcuno dei creditori dell'erede.

Diversamente si ritornerebbe all'antica dottrina da lungo tempo abbandonata, a norma di cui la iscrizione del privilegio o della

ipoteca, necessaria soltanto fra gli stessi creditori privilegiati o ipotecarii, nol farebbe riguardo ai creditori chirografarii; dottrina ricalcitante del pari a' testi ed ai principii (art. 2093, 2106, 2134—1863; confr. Tarrille, v. *Iscriz. Ipot.*, § 2; Grenier, l. l. n. 60; Troplong, n. 568; Pont, art. 2434, n. 4; Martou, t. II, n. 674).

Nondimeno questo sarebbe la nostra conclusione:

Noi già osservammo il diritto di dimandare la separazione de' patrimoni applicarsi a tutti i valori ereditarii: or il prezzo dello immobile ereditario venduto è al certo pure un valore ereditario: dunque il diritto di dimandare la separazione de' patrimoni vi si applica (*supra*, n. 480.) E ben vero i ereditori del defunto o i legatarii, volendo vincere quelli fra' creditori particolari dell'eredità i quali acquistano ipoteche su l'immobile della eredità, poter conseguir ciò sol quando essi medesimi dimandarono iscrizione in tempo utile; ma, rispetto agli altri creditori semplicemente chirografarii dell'eredità, rimane sempre indubitato il prezzo dello immobile della eredità essere un valore ereditario, di cui possono affermare: *Subrogatum sapit naturam subrogati*. E questa altresì la ragione per cui la separazione de' patrimoni può dimandarsi relativamente allo immobile ricevuto dall'eredità in permuta di un immobile della eredità (confr. *supra*, n. 434; dec. C. di Caen, 2. cam. 9 feb. 1860, Doublet les Poteries; Ducaurroy, Bonnier e Rousniog, t. II, n. 769; Demante, t. III, n. 226 bis, I; Troplong, *des Priv. ed Ipot.*, t. I, art. 2144; Dufresne, n. 96; Mourlon, *Examen critique del com. di Troplong*, n. 346).

1462.— Pel fin qui detto abbiamo sempre supposto trattarsi del prezzo di un immobile del defunto venduto dall'eredità, val dire del prezzo di un immobile pertinetto al defunto nel momento della sua morte, e fornante conseguentemente parte della sua eredità.

La soluzione dovrebbe forse essere la stessa nel caso in cui lo immobile si fosse venduto prima dell'apertura della successione dal defunto al suo erede, il quale si trovasse ancor debitore del prezzo nel momento dell'apertura della successione?

Questa ipotesi sembra semplicissima: il prezzo dovuto dall'eredità forna di fatti, a pro della eredità, un credito mobiliare riguardo a cui i creditori del defunto possono dimandare la separazione de' patrimoni (*supra*, n.

435); ed allora avranno, per la riscossione di questo credito avverso l'eredità, il quale ne è debitore, gli stessi diritti e le stesse cautele che aveva il defunto medesimo; dunque il privilegio ed il diritto di risoluzione, sotto la condizione però di averli essi conservati.

Ma se gli avessero perduti, avrebbero forse il diritto, in caso di vendita giudiziale dello immobile in danno dell'eredità, di dimandare venir soddisfatto, in preferenza de' creditori particolari dell'eredità e segnatamente di quelli, cui lo stesso erede avesse ipotecato un immobile?

La corte di cassazione giudicò in tal guisa (arresto 16 Inghio 1828, Paulet, D., 1828, I, 330.)

Ma colesso modo di decidere è, a parer nostro, oppugnabilissimo. Io vero non più lo immobile formava in questo caso il pegno dei creditori del defunto nè de' legatarii, si bene soltanto il credito del prezzo: or ci sembra malagevole il comprendere come, per la riscossione di tal credito, i creditori del defunto o i legatarii potrebbero avere, a prescudere dal privilegio o dal diritto di risoluzione, un diritto di preferenza sul prezzo dello stesso immobile, di rimpetto ai creditori ipotecarii dell'eredità (Confr. dec. C. di Grenoble 9 marzo 1831, Mounoier, D., 1832, II, 206; di Bordò 3 ag. 1832, G. del F., 1839, t. I, p. 600; Dufresne, n. 53.)

1463. — Durante quanto tempo la separazione de' patrimoni può dimandarsi relativamente al prezzo ancor dovuto dal compratore dello immobile della eredità venduto dall'eredità?

Tal questione può sembrare di delicato scioglimento.

Parecchi giureconsulti, considerando trattarsi in avvenire di cosa mobiliare, avviano il diritto di dimandare la separazione de' patrimoni, relativamente al prezzo medesimo, prescrivere col triennio, in conformità del lart. 880, 4. comma (confr. Duranton, t. VII, n. 490; Demante, t. III, n. 224 bis, II; Mourlon, *Ripet. acrit.*, t. II, p. 497; Dufresne, n. 83.)

Ma avvisiamo piuttosto, da parte nostra, il diritto di dimandare la separazione de' patrimoni dovere in questo caso avere, relativamente al prezzo ancor dovuto, la stessa durata che avrebbe, se lo immobile esistesse ancora presso l'eredità, val dire, a parer nostro, dover avere la stessa durata del credito cui va attribuito (*supra*, n. 497).

Se di fatti il diritto di dimandare la separazione de' patrimoni dallo immobile alienato viene trasferito sul prezzo dovuto dal compratore, ciò accade per una conseguenza della finzione il cui effetto è il surrogare il prezzo medesimo allo stesso immobile; e quindi sembra la conseguenza della finzione dover essere eziandio lo applicare a tal prezzo, sotto il rapporto della durata del privilegio, lo stesso principio che allo immobile medesimo. Altronde testè osservammo il termine di tre anni, onde si preservò il diritto di dimandare la separazione de' patrimoni, relativamente a mobili, decorrere a computare dal giorno dell'apertura della successione (*supra*, n. 474): or tornerebbe impossibile lo adottare qui lo stesso punto di partenza; dappoi- ché l'alienazione dello immobile avrebbe potuto aver luogo più di tre anni dopo l'apertura della successione: dunque la ipotesi in esame non si rinviene ne' termini del primo comma dell'art. 880. Soggiugniamo esservi tanto minore inconveniente nello statuire il diritto di dimandare la separazione de' patrimoni perdurare, in questo caso, quanto il credito cui va attribuito, in quanto che la separazione medesima, relativamente al prezzo, può dimandarsi finchè sia dovuto dal compratore; e, finchè sia dovuto dal compratore rimane perfettamente ravvisabile ed immune da ogni pericolo di confusione (confr. decis. C. di Grenoble 30 ag. 1834, Roux, Dev., 4832, II, 645; di Nimes 27 gen. 1840, Delentrie, Dev., 1840, II, 368, arresto C. cass. 22 giugno 1841, stesse parti, Dev., 1841, I, 723; Delvincourt, t. I, p. 56, nota 9; Zachariae, Massé e Vergé, t. I, p. 334; Aubry e Rau, t. V, p. 248; de Fréminville, I, 407 e 414).

III

Quali sono gli effetti della separazione de' patrimoni?

SOMMARIO

1464. — La questione quali sieno gli effetti della separazione de' patrimoni va subordinata all'altra se la separazione de' patrimoni costituisca un privilegio. — Esposizione.
1465. — I. La separazione de' patrimoni produce, al pari di ogni privilegio il diritto di preferenza.
1466. — II. Produce forse il diritto di agire?
1467. — Continuazione.
1468. — III. La separazione de' patrimoni produce forse la indivisibilità? o, in altri termini, costituisce eccezione al principio della divisione de' debiti?
1469. — Continuazione.
1470. *Id.* — Continuazione.

1470. — Continuazione.
1471. — Continuazione.
1472. — Continuazione. — *Quid*, allorché, per effetto di collazione col prendere tasso di mezzo, i beni della eredità non vengano ripartiti fra gli eredi pro rata della quota ereditaria di ciascun di essi?
1473. — I creditori del defunto possono forse sempre pignorare, prima della divisione, tutti i beni della eredità rivolgendosi al procedimento averoso tutti gli eredi?
1474. — Continuazione.
1475. — Ravvicinamento o spiegazione dell'art. 1017, il quale accorda a' legatarii una ipoteca legale, all'art. 881 il quale accorda loro il privilegio della separazione de' patrimoni.
1476. — I creditori del defunto ed i legatarii i quali danno la separazione de' patrimoni possono forse esercitare dappoi procedimenti su' beni particolari dell'eredità?
1477. — Continuazione.
1478. — Continuazione.
1479. — Continuazione. — Conclusione.
1480. — La separazione de' patrimoni può forse produrre effetti tra' creditori del defunto ed i legatarii gli uni rispetto agli altri?
1481. — Continuazione.

1464. — La questione quali sieno gli effetti della separazione de' patrimoni va ad evidenza subordinata ad un'altra questione fondamentale nel nostro subbietto, cioè qual sia il suo verace carattere.

In altri termini la separazione de' patrimoni è forse un privilegio?

Il privilegio, come appresso ravviseremo, produce o almeno può produrre tre effetti principali:

I. Il diritto di preferenza, val dire il diritto pel creditore privilegiato, di venire soddisfatto in preferenza di tutti gli altri creditori (art. 2095 — 1965);

II. Il diritto di agire; val dire il diritto di seguire lo immobile gravato presso i terzi possessori con la facoltà di fare offerta maggiore, le quale ne è la conseguenza e la sanzione (art. 2166 — 2060);

III. La indivisibilità; val dire il diritto pel creditore di farsi pagare lo intero suo credito sul prezzo dell'oggetto colpito dal suo privilegio (art. 2095 - 2144 — 1965 - 2000).

La separazione de' patrimoni è forse rivestita di cotesti tre attributi? Produce forse questi tre effetti?

Tanto dobbiamo in vestigare

1465. — I. E primamente, circa il diritto di preferenza, non vassi incontro a veruna difficoltà.

È questo il suo primo effetto o piuttosto il finale suo scopo, quello di cui tutti gli altri effetti sono meramente ausiliarii.

Ecco adunque già il primo e precipuo effetto del privilegio pertinente alla separazione de' patrimoni; dappoichè precisamente il privilegio consiste nel diritto che la qualità del credito conferisce ad un creditore di venir preferito agli altri creditori, eziandio ipotecarii (art. 2095); or ogni creditore eziandio chirografario del defunto vien preferito a' creditori anche ipotecarii dell'erede, per l'unico motivo avere il suo credito la origine, la qualità di un credito avverso il defunto (confr. art. 878; 2111, 2113 — 798, 1997, 1999).

4166. — II. La separazione de' patrimoni genera forse il diritto di agire?

Qui non trattasi però di mobili, ma soltanto degli immobili (supra, n. 176).

È questione se il creditore del defunto, il quale prese iscrizione, in tempo utile, rispetto ad un terzo compratore, in conformità degli articoli 2111 e 2113 e della legge del 23 marzo 1855, possa esercitare il diritto di agire avverso il terzo compratore.

Grave questione, indubbiamente non delle più gravi, ed eziandio più controverse questioni della subbietta materia I

Nella dottrina imponente autorità avvisano per la negativa:

4. L'unico scopo, dicesi, della separazione de' patrimoni si è il conservare a' creditori del defunto ed a' legatarii, ad esclusione de' creditori dell'erede, il diritto di pegno, il quale apparteneva loro, in forza dell'art. 2092 — 4062, su' beni del defunto nel momento della confusione di tali beni con quelli dell'erede (art. 878, 2111);

Or cotesto diritto di pegno non conferisce alcun diritto di agire.

2. Altronde la separazione de' patrimoni non modifica i titoli de' creditori ereditarii: essa li lascia ciò che erano con gli stessi diritti che ne emergevano nel corso della vita del defunto; e, per esempio, non potrebbe avere per risultamento lo invertire un semplice creditore chirografario del defunto in creditore privilegiato o ipotecario, col diritto di agire e fare offerta maggiore su gl' immobili della eredità. No! con opporsi soltanto alla confusione, ha per incopo ed effetto il mantenere lo *statu quo* esistente in tempo della morte, per assienrare a' creditori del defunto, ad esclusione de' creditori dell'erede, il loro diritto di pegno, ma di assienrarlo loro uni-

camente nel quale lo avevano nel momento della morte del proprio debitore;

Or in quel momento non avevano il diritto di agire; ed il defunto, loro debitore, poteva liberamente alienare i suoi immobili;

Dunque la separazione de' patrimoni non potrebbe lor conferire il diritto medesimo: di conseguenza l'erede può liberamente alienare al pari dello stesso defunto; ed il diritto di disporre, attribuitogli dal possesso, non rimane alterato presso di lui.

3. Se obbietti a cotesta dottrina i diritti de' creditori del defunto e de' legatarii trovansi così abbandonati alla piena discrezione dell'erede, il quale potrà, mercè di alienazioni, sottrarre ad essi interamente i beni costituenti il loro pegno i suoi propugnatori rispondono: la separazione de' patrimoni non essere un provvedimento stabilito per preservare i creditori del defunto ed i legatarii da ogni specie di nocimento, ma uno special rimedio unicamente destinato ad ovviare al danno, che loro arrecherebbe la confusione de' patrimoni, facendo partecipare i creditori dell'erede al diritto di pegno di cui godono esclusivamente (Aubry e Rau sopra Zachariae, t. V, p. 231 o 233).

4. Finalmente da tutto ciò i propugnatori di cotesta dottrina inferiscono erroneamente ed affatto incastamente l'art. 2111 aver qualificato privilegio la separazione de' patrimoni; ed altronde fanno osservare lo stesso art. 2111, col circoscrivere gli effetti di questo preteso privilegio ad un diritto di preferenza riguardo a' creditori degli eredi o rappresentanti del defunto, dimostrare così di fatti la separazione de' patrimoni generare, a pro de' creditori del defunto e de' legatarii, un diritto di preferenza avverso i creditori dell'erede, e non un vero privilegio il quale conferisca diritto di agire avverso i terzi compratori (confr. Tarrible, Rep. di Merlin, v. Priv. di crediti, sez. II, § 6, n. 2; Grenier, de' Priv. ed Ipot., t. II, n. 219; Troplong, de' Priv. ed Ipot., t. I, n. 323 327; Fonét de Confians, art. 880, n. 40; Aubry o Rau sopra Zachariae, loc. supra cit.; Cabantons, Rivista di legis., t. IV, p. 4; Dufresne, n. 59-54; Mourlon, Examen crit. del Com. di Troplong, n. 307 e 316; Pont, dei Priv. ed Ipot., art. 2106 e 2111, n. 8; Devilleneuve, Osservazioni, 4844, II, 513).

4167. — Cotesta dottrina non ci sembra doverci seguitare; ed avvisiamo per l'opposto, da parte nostra, la separazione de' patri-

monii costituire un vero privilegio col diritto di agire avverso i terzi possessori, e conseguentemente altresì col diritto di maggiore offerta:

1. A norma dell' art. 2111 i creditori del defunto ed i legatarii, i quali dimandano la separazione de' patrimoni, in conformità dell' art. 878, nel titolo delle Successioni, conservano, relativamente a' creditori degli eredi o rappresentati dal defunto, il loro privilegio su gl' immobili della eredità, con le iscrizioni prese su ciascuno degl' immobili medesimi entro i sei mesi dal giorno dell' apertura della successione;

Or, a norma degli art. 2166 e 2185 — 2060 e 2084, il privilegio su gl' immobili conferisce il diritto di agire e quello di maggiore offerta;

Dunque il privilegio della separazione de' patrimoni, regolarmente iscritto, conferisce pure cotesto duplice diritto.

Siffatto primo argomento sarebbe di per sé solo decisivo; avvegnachè bene o debitamente un privilegio l' art. 2111 ravvisa qui ne' creditori del defunto e ne' legatarii.

Si esclama cotesto vocabolo essere improprio, e non potersene addurre altra ragione se non il diritto medesimo andar sottoposto a condizioni di pubblicità, ad una iscrizione, come i privilegi.

Ma Troplong, dalla cui opera desumiamo cotesta spiegazione, esso medesimo conviene, secondo il suo sistema, e c'è non potere scusare il legislatore, il quale, nello scrivere le leggi, dovrebbe assai ben misurare le espressioni, e non mai adoperare vocaboli impropri ed equivoci (*de Priv. ed Ipot.*, t. 1, n. 323.)

Si al certo, secondo il sistema insegnato dal dotto autore, il legislatore sarebbe immeritevole di scusa! ma è forse ben fondato lo accagionargli simigliante colpa? e si ha forse ragione di incolpargli aver adoperato un vocabolo equivoco?

Niente affatto! a creder nostro; dappochè per l' opposto ha adoperato il più chiaro e tecnico vocabolo, la parola *privilegio*! ed adoperollo nello stesso titolo de' *Privilegii ed Ipoteche*, ed in un articolo in cui contrappone il *privilegio* de' creditori del defunto e dei legatarii alla *ipoteca*, che i creditori dell'erede avrebbero potuto conseguire!

Or, quando al cospetto di un testo cotanto positivo, pretendesi essersi ingannato il legislatore, e non esser quello un *privilegio*, è nostro d' insistentemente trasgredirsi nel più ma-

nifesto modo il testo medesimo della legge!

2. Il testo dell' art. 2111 ci pare tanto più doversi intendere in tal guisa, in quanto che, da un lato, cotesta dottrina è essenzialmente unisona al principio su cui poggia la separazione de' patrimoni; e d' altro lato è dessa indispensabile per raggiungere efficacemente lo scopo cui mira cotesto provvedimento di garanzia.

La separazione de' patrimoni poggia essenzialmente sul principio, non potendo l' erede appropriarsi i beni della eredità, prima di venire i creditori del defunto ed i legatarii soddisfatti col prezzo di tali beni, costituenti il loro pegno, quelli che sieno gli aventi causa dell' erede non possono vantare su' beni della eredità diritti maggiori dello stesso erede (*supra*, n. 99);

Or i compratori sono, al pari de' creditori, aventi causa dell' erede:

Dunque la stessa logica impone i compratori, il cui diritto proviene dall' erede, non avere, di rimpetto a' creditori del defunto e dei legatarii, diritti maggiori de' suoi creditori.

In vero non converrebbe equivocare sul vero senso della formola, accreditatosi da lungo tempo nella subbitta materia, e che si prosegue a riprodurre ancora oggidì dovunque, cioè la separazione de' patrimoni essere unicamente diretta avverso i creditori dell' erede, e non già contro lo stesso erede: cotesta formola, ben compresa e circoscritta alla sua verace significazione, esprime di fatti una regola esaltissima (*supra*, n. 117); essa torna manifesto addizionare assolutamente falsa, se si volesse inferirne non avverso i fatti, non avverso gli atti dello stesso erede la separazione de' patrimoni aver per scopo di garantire i creditori del defunto ed i legatarii: ad evidenza per contrario è diretta avverso i creditori dell' erede per essere gli aventi causa dell' erede; e ora è uopo molto approfondire le cose per ravvisare in realtà contro lo stesso erede essersi intradotta, in ultima analisi precisamente colpire lui, e mentre diminuiva della sua persona i diritti di disporre conferitigli dal possesso, accresce nella persona de' creditori del defunto e dei legatarii il loro diritto di pegno su' beni della eredità, comunicandole un carattere ed effetti che dannano non le appartenevano.

Si è nella necessità di convenire l' erede non poter più ipotecare gl' immobili ereditarii in detrimento de' creditori estingendo semplicemente chirografarii del defunto!

Or il defunto ! avrebbe potuto ipotecarli in detrimento de' suoi creditori chirografarii;

Dunque, per effetto della separazione dei patrimoni, l'erede ha minor diritto del defunto di rimpetto a' creditori del defunto: dunque i creditori del defunto hanno maggior diritto, di rimpetto a' l'erede, di quello che avevano contro il defunto: conseguentemente non è ben fondata l'affermare la separazione de' patrimoni circoscrivere a mantenere lo status quo e conservare soltanto a' creditori del defunto il loro diritto di pegno come emergeva per essi dall'art. 209.1-1963.

Ed ora, se l'erede non può ipotecare gli immobili ereditarii, in detrimento de' creditori del defunto e de' legatarii; i quali dimandarono iscrizione, come mai potrebbero comprendere potere egli alienarli, donarli in loro detrimento ! val dire potere egli annientare il loro pegno quando non potrebbe diminuirlo !

A prescindere dalla contraddizione e dalla inconseguenza campeggianti in tal dottrina, i principii del dritto civile ci sembrano ancora ricalitrarvi manifestamente. In vero ogni diritto di pegno speciale implica di necessità un diritto di vigilanza, conservazione ed esandio di ritenzione su l'oggetto gravato; e per la stessa circostanza l'erede non potero ipotecare gl' immobili ereditarii, in detrimento del pegno speciale competente a' creditori del defunto su gl' immobili medesimi, logica conseguenza si è non dover potere neppure alienarli e dover avere il diritto di conservare il loro pegno, e conseguentemente perseguirlo !

Crediamo aver dimostrato i creditori del defunto ed i legatarii avere, relativamente a mobili della eredità, il diritto di prendere tutti i provvedimenti conservativi per impedire all'erede disporre in loro detrimento ! (supra, n. 416).

Or il principio è assolutamente lo stesso relativamente agl' immobili; ed il provvedimento conservativo, il quale assienri, contro l'alienazione degl' immobili, il privilegio de' creditori del defunto e de' legatarii, è precisamente la iscrizione, che conferisce loro il diritto di agire o perseguire !

3. Altronde forse non è manifesto il diritto di agire essere indispensabile per riuscire seria la garentia che la legge volle procacciare a' creditori del defunto ?

Di fatti qual sarebbe mai la conseguenza dell' opposto sistema ?

Si è che, non ostante la iscrizione presa in tempo utile, la separazione de' patrimoni rimarrebbe priva d'effetto relativamente agli immobili alienati il cui prezzo venne pagato ! (Anbry o Rau sopra Zachariae, t. V. pag. 223).

Conseguenza tale che uno de' propagnatori di questo sistema non ha osato combatterla, e, negando al privilegio della separazione de' patrimoni il diritto di perseguire, insegna il pagamento del prezzo fatto dal compratore all'erede esser nullo rispetto a' creditori della eredità iscritti entro i sei mesi (Dufresne, n. 89).

I nostri dotti colleghi della Facoltà di Strasburgo protestano avverso cotesta concessione, sostenendo il diritto di preferenza non esercitarsi avverso il compratore; ed in ciò sono indubbiamente più logici.

Ma questa medesima concessione sta pure qual pruova dello incompensabili conseguenze della dottrina da noi confutata.

Come i i creditori del defunto ed i legatarii si troverebbero aver preso iscrizione entro i sei mesi; e poscia l'erede, con una vendita di cui, riscuoterà il prezzo in contante, potrà loro rapirne interamente il vantaggio !

E forza confessarlo con tal dottrina, la separazione de' patrimoni spessissimo addiverrebbe un decisoio rimedio ed un vano vocabolo !

Ed è questa la ragione per cui Blondeau insegna esandio l'erede non avere la capacità di alienare gl' immobili ereditarii entro i sei mesi dal giorno dell'apertura della successione, di rimpetto a' creditori del defunto, iscritti nel termine medesimo (della Separazione de' patrim., p. 480, note 4 e 2).

Ma cotesta proposizione ci parrebbe, alla volta sua, estrema in senso inverso; e basta, ammettendo che l'erede, il quale è proprietario, possa alienare come può ipotecare, soggiungnero il compratore soggiacere allo effetto del diritto di agire, come i suoi creditori ipotecarii soggiacciono allo effetto del diritto di preferenza, emergente dal privilegio della separazione de' patrimoni.

4. Finalmente osserviamo cotesto diritto di agire essere sempre esistito, per così dire, in germe nella separazione de' patrimoni.

Laonde in Roma dichiaravansi valide le sole alienazioni fatte dall'erede medio tempo (L. 2, ff. h. t.; ved. pure supra, numero 446); di fatti è manifesto che dal

giorno in cui il Pretore aveva pronunciato, a pro de' creditori ereditarii, la misiva in possessionem bonorum defuncti, l'erede, in avvenire spogliato del possesso, non poteva più alienare i beni medesimi in loro detrimento.

Indubitabilmente era pur questo il divisamento de' nostri antichi autori, quando insegnavano la separazione potersi dimandare finchè i beni ereditarii esistano presso l'erede; come parimente era questo il divisamento del nostro legislatore nell'art. 880.

Val dire l'erede, finchè i creditori del defunto non avessero ancor fatto veruna dimostrazione, potere alienare; dappoichè è proprietario; e la separazione de' patrimoni è un beneficio, il quale non ha luogo di pieno diritto, e debbesi dimandare.

Ma da ciò parimente risultava dal giorno in cui i creditori del defunto la dimandarono l'erede non dover potere alienare, in loro detrimento, i beni della eredità.

Il vero si è unicamente la subbietta materia non avere ricevuto alcuno ordinamento nel nostro antico diritto, nè nel diritto intermedio; e non pertanto la legge del dì 41 nebbioso anno VII molto estese la necessità della iscrizione.

Appunto gli art. 2111 e 2113 del nostro Codice per la prima volta fermarono questa indispensabile garanzia della separazione dei patrimoni, legislativamente stabilendo cote sia denominazione di privilegi; la quale altronde eralo stata già data nel nostro antico diritto, e sommettendola, al pari di tutti i privilegi e le ipoteche, alla necessità della iscrizione.

Si obbietti pure, se vogliasi, colesio privilegio non rinvenirsi enuciato negli articoli 2101, 2102 e 2103 — 1970, 1971 e 1972, i quali contengono la nomenclatura de' privilegi su mobili e gl' immobili (confr. Deuante, Temi, I, VII, p. 251); si aggiunga eziandio nell'art. 2114 non trovarsi adoperato il vocabolo privilegio in forma di disposizione, ma in modo dimostrativo, per qualificare semplicemente il diritto di preferenza emergente dalla separazione de' patrimoni.

Siffatti argomenti non ci convinceranno; ed al punto in cui siamo arrivati non crediamo potere essi vulnerare la dimostrazione testè recata. Ne discende unicamente non esser limitativa la nomenclatura racchiusa negli art. 2101, 2102 e 2103: conveniam pure la ripartizione delle materie nel nostro Codice.

non offrire l'esempio di un irreprensibile metodo.

Ma rimane sempre cotesta qualificazione di privilegio ed ipoteca attribuita dagli art. 2111 e 2113 — 1997 e 1999 alla separazione de' patrimoni! qualificazione altronde tanto più esatta, sotto l'impero del nostro novello diritto, in quanto che da un lato la separazione de' patrimoni non è più un diritto collettivo di tutti i creditori del defunto avverso tutti i creditori dell'erede, ma un diritto individuale di ciascuno de' creditori del defunto avverso ciascuno de' creditori dell'erede; e d'altro lato non implica menomamente, come sembra avere implicato appo i Romani, la rescissione della pura e semplice accettazione dell'erede; da ciò conseguita i creditori del defunto ed i creditori dell'erede avendo di fatti l'erede per comune debitore, ogni preferenza accordata agli uni su gli altri costituisce di necessità un privilegio (art. 2094 — 1964).

Dunque è mestieri affermare rinvenirsi nell'art. 2111 felicemente adoperato il vocabolo privilegio; e, sotto questo rapporto, noi non lamentiamo monomamente il progetto intorno alla riforma del sistema ipotecario sottoposto nel 1850 all'Assemblea legislativa non avere avuto alcun risultato: quel progetto, per appagare censure recate da' propugnatori di una dottrina, la quale ci pare, sotto tutti i riguardi, mal fondata, toglieva via dall'art. 2111 il vocabolo privilegio. (Fed. il rapporto di Bethmont, p. 36).

Strana cosa! la Camera de' rappresentanti del Belgio attese tale emenda nel progetto francese; e, nella legge belgica del 46 dicembre 1851 il vocabolo privilegio disparve di fatti dall'art. 39 (il quale corrisponde al nostro art. 2111).

E poscia, la Camera belgica, mentre toglieva via il vocabolo, riteneva, se fosse lecito così esprimersi, la cosa; avvegnachè soggiungeva, nello stesso articolo 39, nessuna ipoteca nè alcuna alienazione potersi consentire dagli eredi entro i sei mesi dal giorno dell'apertura della successione in detrimento de' creditori e legatarii! (Supra n. 202).

Tutto ciò dimostra, una volta di più, quanto sia spesso lento e laborioso il nascimento delle umane istituzioni! esse non si formano ad un sol tratto! esse sono il successivo prodotto del tempo, della pratica, della e-

sperienza; e spesso quindi socciacciano ad una lunga serie di oscillazioni e vicissitudini. È questa la storia di siffatta civile istituzione della separazione de' patrimoni; ma è nostro convincimento pervenire essa ben tosto al termine de' suoi sperimenti e non indugiare ad apparire da ultimo, col carattere con gli effetti che debbono necessariamente competerle.

Dunque concludiamo la separazione dei patrimoni generare il diritto di agiro o perseguire col diritto di offerta maggiore avverso i terzi possessori (confr. decis. C. di Nîmes 16 feb. 1829, Roche, Sirey, 1829, II, 214; di Colmar 3 mag. 1831, Lehmann, Dev., 1831, II, 678; di Orleans 22 ag. 1810, Boulois, Dev., 1841, II, 513; Delvincourt, t. II, p. 56, note 9 e 10; Demante, t. III, num. 222 bis, I; ved. eziandio Gabriel Demante, *Revisita crit. di legial.*, 1854, t. V, p. 477 e seg.)

1468. — III. Finalmente rimane a risolvere la questione se la indivisibilità sia un attributo del diritto di separazione de' patrimoni.

L'affermativa è indubitata nel senso che, se siavi un solo erede, ciascuno de' beni della eredità rimane ad evidenza gravato, per lo intero, del privilegio de' creditori del defunto, di rispetto a' creditori dell'erede.

È conseguentemente, eziandio nel caso in cui sienvi più coeredi, torna similmente indubitato ciascuno de' beni compresi nella quota di ciascuno de' coeredi rimanere gravato, per lo intero, del privilegio de' creditori del defunto, finchè costoro intendano farsi soddisfare su' beni medesimi in preferenza de' creditori degli eredi, fino alla concorrenza della porzione da contribuirsi da ciascun di essi ne' debiti ereditarii.

1469. — Ma, in questo ultimo caso, è forse uopo non andare più oltre? ed i creditori del defunto o i legatarii non possono forse farsi pagare indistintamente, per la totalità de' loro crediti, su' beni spettati a ciascuno degli eredi?

In altri termini la separazione de' patrimoni costituisce forse una eccezione al principio della divisione de' debiti?

Questa quistione ancora gravissima ed eziandio sommamente controversa.

Per l'affermativa puossi ragionare nel seguente modo:

1. La separazione de' patrimoni costituisce un privilegio: è questa una proposizione già dimostrata (*supra*, n. 209);

Or il privilegio è indivisibile, sia su' mobili (art. 2083 — 4953), sia su' gl' immobili (art. 2095, 2114 — 1965, 3000);

Dunque i creditori del defunto ed i legatarii han diritto, in forza della separazione de' patrimoni, di farsi pagare per lo intero su ciascuno de' beni della eredità, senza riguardo alla divisione de' debiti.

Sarebbe mai possibile concepire, soprattutto relativamente agl' immobili, che la separazione de' patrimoni producesse il diritto di agiro e non producesse la indivisibilità? In vero il diritto di agiro e la indivisibilità sono i due essenziali caratteri del privilegio su gl' immobili; e torna impossibile eliminare l'uno dopo avere ammesso l'altro.

2. A norma dell'art. 1017 — 971 i legatarii hanno una ipoteca legale cui nessuno contrasta il carattere d' indivisibilità, e la quale permette loro conseguentemente di agire ipotecariamente per lo intero contro ciascuno degli eredi, senza minimo riguardo alla divisione de' debiti.

Ciò premesso, come mai si comprenderebbe ancora il legislatore aver conceduto a' legatarii, *qui certant de luero captando*, una garanzia maggiore di quella attribuita a' creditori, *qui certant de danno vitando*, ed i quali debbono di fatti venir pagati prima dei legatarii! (Art. 809 — 728; *supra*, n. 122).

È del pari come mai potrebbesi spiegare che, dopo avere conceduto a' legatarii una ipoteca, avesse poscia, attribuendo loro un privilegio, diminuito la efficacia della loro garanzia! e che il loro privilegio stabilito dall'art. 2111 non avesse per essi il medesimo vigore della loro ipoteca stabilita dall'art. 1017! Sarebbe questa inesplicabile contraddizione.

3. Altronde cotesto carattere d' indivisibilità è una logica conseguenza del principio su cui poggia la separazione de' patrimoni.

La divisione de' debiti fra gli eredi è di fatti una conseguenza della trasmissione ereditaria;

Or precisamente la separazione de' patrimoni ha per base la negazione di questa medesima trasmissione!

La separazione de' patrimoni è in certa guisa il fittizio risorgimento del defunto o almeno la personificazione della sua eredità in avvenire separata dalla persona degli eredi, affinché i creditori ereditarii vengano pagati come il sarebbero stati se il defunto esistesse ancora, e conseguentemente senza al-

cuno ostacolo emergente dalla divisione dei debiti, la quale, per effetto della separazione, reputasi non avvenuta; e se allora l'erede è tenuto oltre la sua porzione, non lo è a titolo di erede, ma come possessore di beni specialmente destinati al pagamento de' creditori ereditari.

4. Finalmente aggiugnasi cotesta soluzione essere necessaria affinché la separazione possa efficacemente raggiungere il suo scopo, il quale si è destinare tutti i beni della eredità al pagamento integrale de' creditori del defunto e de' legatarii. In vero questo scopo apertissimo sarebbe vanito senza tal garanzia della indivisibilità: come, per esempio, se un immobile che egli avevano diritto di pignorare, interamente si trovasse devoluto ad uno degli eredi, il quale potesse venire stretto solo ad un parziale pagamento, mentre gli altri eredi avessero unicamente valori mobiliari, che tornerebbe agevole sottrarre alla loro azione; ovvero se un coerede insolvibile, il quale avesse ricevuto, per anticipazione di eredità, un valore equivalente o quasi equivalente allo importare della sua quota ereditaria, effettuasse una cessione col prendere tanto di meno, per effetto della quale tutto l'attivo ereditario troverebbesi devoluto ad uno degli eredi, il quale nulladimeno sarebbe tenuto soltanto ad una porzione del passivo, se la divisione de' debiti potesse venire opposta a' creditori del defunto ed a' legatarii I (Confr. decis. C. di Bordò 14 lug. 1836, Duprey-Guillaume, Dev. 4837, II, 222; di Caen 17 genn. 1855, Legabilleux Dev., 1857, II, 294 (decisione cassata *infra*); Duranton, t. XIX, n. 224; Dufresne, n. 144 Bonnier, *Rivista di leg.*, 1844, t. XIV, p. 482 e seg.; Huc, *Studi sul Codice civ.*, t. II, della *Separaz. de' patrim.*; Ducaurroy, Bonnier e Rostaining, t. II, n. 766; Demante, t. III, n. 222 bis, II o III; Deville-neuve, *Osservazioni*, 1857, *loc. sup. cit.*)

Per contrario crediamo poter dimostrare la separazione de' patrimoni non modificare il principio della divisione de' debiti fra gli eredi:

1. Gli art. 873 e 1220 — 794 e 1173 han fermato tal principio ne' termini più generali; e conseguentemente debbono applicarsi nel caso di separazione de' patrimoni come in tutti gli altri, tranne quando un altro testo vi deroghi per questo caso particolare: or nessun testo nel nostro Codice recchiude similgiante derogazione; e l'art. 1221 — 1174,

il quale enuncia le eccezioni cui soggiace il principio della divisione de' debiti fra gli eredi del debitore, non fa alcuna menzione della separazione de' patrimoni: dunque la separazione de' patrimoni di fatti non arreca veruna eccezione a tal principio.

È questo lo stesso argomento da noi già addotto per dimostrare il beneficio dello inventario non ostare menomamente alla divisione de' debiti; e ci sembra del pari decisivo intorno ad ambe le quistioni (ved. il tomo III, n. 169).

2. Ben lungi dall'esservi alcun testo in opposto senso, gli articoli relativi alla separazione de' patrimoni dimostrano esser dessa estranea alla divisione de' debiti. In vero dagli art. 878 e 2441 — 798 e 1197 conseguita andare essa diretta avverso i *creditori degli eredi*; val dire il suo definito e preciso scopo essere unicamente il preservare i creditori del defunto dal concorso de' creditori particolari degli eredi; e cotesti medesimi termini dimostrano essa non tendere del tutto a modificare le rispettive relazioni de' coeredi medesimi gli uni riguardo agli altri, né conseguentemente le relazioni di ciascuno de' coeredi verso i creditori della eredità, mentre i coeredi, val dire mentre ciascuno di essi è tenuto de' debiti soltanto per la sua quota da contribuire.

3. Altronde ciò nulla offre di contrario al carattere d'indivisibilità della ipoteca; ed indarno pretendesi essere non contraddizione lo attribuire il diritto di agire alla separazione de' patrimoni e negarle la indivisibilità.

A dir vero noi non le neghiamo menomamente la indivisibilità: tutto l'opposto!

Se non che sosteniamo, per effetto della divisione de' debiti, la quale avviene di pieno diritto fra gli eredi, sin dal giorno dell'apertura della successione, ciascuno de' crediti ereditari trovasi frazionato in tanti crediti quante sono le porzioni ereditarie, crediti in avvenire distinti ed indipendenti gli uni dagli altri (supra, n. 9, 40): da ciò sorge la conseguenza il privilegio o la ipoteca della separazione de' patrimoni potere in avvenire similmente attribuirsi soltanto divinemente a ciascuno di tali crediti, per guisa da esservi tanti privilegi o ipoteche distinti quanti sono i debiti distinti; godendo altronde ciascuno di questi privilegi o ipoteche la prerogativa d'indivisibilità per tutto il credito da esso garantito. Laonde, a norma della legge nel Codice (*Communio de legat.*), l'ipoteca conce-

duta da Giustiniano a' legatarii su' beni della eredità sussisteva contro ciascuno degli eredi o altri debitori de' legati, su' beni spettatigli, sino alla concorrenza del' a quota di cui era personalmente tenuto.

4. Gli argomenti testè addotti han pure già dimostrato la opposta opinione disconoscere il carattere e lo scopo della separazione de' patrimoni, quando i suoi propugnatori pretendono cotesto provvedimento essere la no: azione della trasmissione ereditaria!

Per la stessa circostanza, come crediamo aver dimostrato, tornare straniera alle relazioni de' coeredi, in cotesta qualità di coeredi, verso i creditori della eredità, è manifesto non implicare essa menomamente, sotto questo primo aspetto, la negazione della trasmissione ereditaria, e riconoscerla per l'opposto pienamente.

Ma neppur sarebbe ben fondato, a credere nostro, lo affermare la separazione de' patrimoni esser la negazione della trasmissione ereditaria nelle relazioni de' creditori del defunto verso i creditori degli eredi: indubitabilmente la separazione ha per iscopo di preservare i creditori del defunto da uno degli effetti della trasmissione medesima che potrebbero esser loro di maggiore documento; ma preservandoli da tale effetto, essa non ne nega la causa, e molto meno la distrugge! La separazione de' patrimoni, appo noi, non è la rescissione de' l'accettazione che l'erede fece della eredità: per contrario tale accettazione sussiste eziandio relativamente a' creditori del defunto ed a' legatarii: la prova si è conservare egli l'erede per debitore (infra, n. 220); e la stessa denominazione di privilegio, ad essa pertinente, dimostra ben lungi dal negare la trasmissione ereditaria riconoscerne sempre la esistenza!

5. Finalmente chi non ravvisa la opposta dottrina quante funeste conseguenze produrrebbe; avvegnachè tenderebbe niente meno a stabilire una specie di solidità fra coeredi, e genererebbe fra essi molteplici azioni di regresso: or nulla è più ricalcitante allo intendimento de' compilatori del nostro codice (Arg. dall'art. 875 — 795).

Dunque concludiamo la separazione de' patrimoni non esser collettiva passivamente nè attivamente; esser dessa individuale, per contrario, sotto entrambi gli aspetti; di fatti nella stessa guisa onde vien dimandata da ciascuno de' creditori del defunto o de' legatarii individualmente, doversi pur dimandare

avverso ciascuno degli eredi individualmente; ed essa produrre, avverso ciascun di essi, effetto sino alla concorrenza della sua porzione contributiva ne' debiti (Confr. arresti C. cass. 14 feb. 1825, Alix, D., 1825, II, 147; 3 feb. 1857, Villars, e 9 giugno 1857, Legabilleux, Dev., 1857, I, 321 e 465; decis. C. di Rennes 14 genn. 1858, Legabilleux Dev., 1858, II, 573. Blondeau, della Separazione de' patrim., p. 573 e seg.; Fonè de Confians, art. 878, n. 42, Vazeille, art. 878 n. 8; Belost Jolimont sopra Chabot, art. 878, osservo. I; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 233, 234, 354; Massé e Vergé, t. II, p. 335 D., Rac. alfab. v. Success., n. 4492; Mourlon, *Esame crit. del comm.* di Troplong, n. 305, 306; e *Trattato delle Surrogaz. pers.*, p. 473, 474).

1469 bis. — Per applicazione di questo principio la Corte di Caen statui con sommo fondamento che quando un figliuolo, debitore principale, venne garantito dal padre e divenne erede di costui soltanto per un quarto con tre altri figliuoli lasciati dal padre medesimo, il creditore non poteva ottenere, per effetto della separazione de' patrimoni, alcun privilegio su la porzione de' beni ereditarii spettata al figliuolo suo debitore, se non per un quarto del suo credito (2. Cam., decis. 9 feb., 1860, Doublet les Poteries).

Indarno obbiavasi il figliuolo in questo caso essere nulladimeno esso medesimo debitore principale e personale della totalità verso il creditore.

Indubitabilmente! ma non già contro di lui, nella sua qualità di debitore principale e personale, potevasi dimandare la separazione del patrimonio del defunto dal suo particolare patrimonio dappoichè suo creditore non era rispetto a lui in questa qualità, se non un creditore dell'erede al pari di tutti gli altri suoi creditori; e, sotto questo punto di veduta, non avrebbe potuto dimandare alcun privilegio riguardo agli altri creditori del comune debitore su' beni ereditarii, anche soltanto per un quarto.

Dunque, nella sua qualità di creditore del defunto, il quale erasi renduto fidejussore di lui, il creditore poteva dimandare la separazione de' patrimoni; e conseguentemente la poteva ad evidenza dimandare avverso il figliuolo unicamente come erede del defunto che lo aveva garantito: or il figliuolo, considerato come erede del fidejussore imbastato era debitore solo per un quarto: dunque il

privilegio della separazione de' patrimoni non poteva eccedere il quarto il quale formava nella persona del creditore l'intero suo credito di fidejussione da parte del defunto (confr. *supra*, n. 449).

4470. — Nella dimostrazione da noi già fatta per provare la separazione de' patrimoni non costituire eccezione alla regola della divisione de' debiti, tralasciamo due argomenti invocati da' propugnatori della opposta dottrina, cioè :

Uno desunto da' gravi inconvenienti, che possono emergere dal nostro sistema; nel caso in cui uno de' coeredi donatario per anticipazione di eredità facesse una collazione col prendere tanto di meno ;

L'altro, desunto dall'art. 1017, il quale attribuisce a' legatarii una ipoteca legale per lo intero.

Però non mai per eluderli noi li tralasciamo dapprima; sì bene, al contrario, per ripigliargli specialmente, sembrandoci di fatti meritare speciali osservazioni.

4471. — La dottrina da noi stabilita, l'antica, a' parer nostro, unisona al vero scopo della separazione de' patrimoni, come dimostrano i testi ed i principii stessi di questo subbietto, non dà luogo altronde ad alcuno inconveniente pe' ereditori del defunto nè pe' legatarii, quando i beni della eredità vengono ripartiti effettivamente tra gli eredi, in proporzione della parte spettante a ciascuno di essi; dappoi che il passivo allora si divide correlativamente all'attivo e nella medesima proporzione. In questo caso torna manifestò, se la intera eredità sia solvibile, ciascuna delle sue porzioni esser pure parimente solvibile, e non esservi conseguentemente alcun pericolo, pe' ereditori del defunto, ciascuno degli eredi non esser tenuto realmente su la porzione de' beni che gli spetta, se non per la porzione contributiva, di cui è personalmente tenuto; dappoi che questa porzione di attivo è sufficiente a soddisfare la porzione di passivo spettante a ciascuno di essi.

Non converrebbe obiettare l'erede poter essere già insolubile, o poter dissipare la sua porzione ereditaria !

In vero cotesto pericolo non proviene dal principio della divisione de' debiti; dappoi che potrebbe esistere parimente nel caso in cui vi fosse un erede unico; e la separazione de' patrimoni vi è precisamente il rimedio contro i ereditori di più eredi per la parte di ciascuno di essi, come il sarebbe avverso i

ereditori di un solo erede per lo intero !

1472. — Ma non è a dire più così, quando, per effetto delle collazioni col prendere tanto di meno, i beni della eredità non vengono ripartiti fra gli eredi *pro rata* della parte ereditaria di ciascuno di essi.

I ereditori del defunto ed i legatarii potrebbero, in tal caso, trovarsi esposti a notabile nocumento, se l'erede, il quale dee la collazione, sia insolubile, ovvero se, essendo solvente, avesse accettato col beneficio dello inventario.

Noi già accennammo cotesta ipotesi (ved. il tomo IV, n. 298); ed è questo il luogo di esaminarla.

Ebbene! adunque un individuo muore lasciando due figliuoli, 400, 000 fr. di beni in natura nella eredità, e 400, 000 fr. di debiti.

Un de' figliuoli ricevette da lui, per anticipazione di eredità, 400, 060 fr.: egli accetta la eredità; ma, siccome non conferisce in natura la donazione fattagli, ne conseguita l'altro figliuolo aver diritto di prelevare una porzione eguale su la massa della eredità (art. 830 — 749); val dire, nell' nostra specie, aver diritto di prendere, per sua quota, la totalità de' beni esistenti nella eredità.

Ciò premesso, trattasi conoscere se i ereditori del defunto potranno nulladimeno agire avverso ciascuno de' suoi eredi soltanto per la sua porzione contributiva ne' debiti, val dire per metà? o per contrario abbiano, in tali specie d'ipotesi, non ostante il principio della divisione de' debiti, il mezzo di ottenere il loro pagamento su tutti i beni rinvenuti in natura nella eredità?

Di malagevole scioglimento è tal questione: quindi si potrebbero proporre parecchie soluzioni oltremodo divergenti.

A. Potrebbe sostenere i ereditori del defunto non potere, nè dopo nè prima della divisione, pretendere il loro integral pagamento su la totalità dell'attivo ereditario, senza riguardo al duplice effetto della divisione legale de' debiti e della collazione col prendere tanto di meno.

Indubitatamente i ereditori del defunto possono intervenire nella divisione, ed opporsi al farsi in frode de' loro diritti; ma non è far la divisione in frode de' loro diritti il compierla in conformità delle regole della stessa legge fermate: or la legge dichiara le collazioni col prendere tanto di meno essere

uno de' mezzi di far la divisione (art. 829, 830 — 748, 749); ed essa altronde non ha apportato all' uopo alcuna eccezione al principio della divisione de' debiti.

Si sosterrà forse, per giustificare la opinione de' ereditori del defunto alla collazione col prendere tanto di meno, l'erede, il quale dimanda la collazione, doversi considerare come creditore dell'erede, che la debbe? di fatti si schiuderebbe così a' ereditori del defunto la via della separazione dei patrimoni; ma torna sgevole il ravvisare, dice Bonnier, quanto rinvergasi di sottile e strasciato in cotesto modo di riguardare la questione (*Rivista di legal*, 1844, p. 485).

Finnimento, con ogni altro sistema, immergerebbersi in un pelsgo di difficoltà: i debiti non si dividerebbero più fra gli eredi in proporzione della chiamata ereditaria di ciascun di essi, ma in proporzione della parte più o men considerevole presa da ciascuno di essi effettivamente ne' beni trovati in natura nella eredità; per quanto fossero tenui i prelevamenti che uno de' coeredi avesse diritto di esercitare, la sua quota contributiva ne' debiti troverebbersi aumentata altrettanto rispetto a' ereditori del defunto! val dire converrebbe in certa guisa far due divisioni, una fra' coeredi, l'altra fra' coeredi ed i ereditori del defunto! (conf. decia. C. di Caen 43 nov. 1844, *Maric, Rac. della decia. della C. di Caen*, 1844, t. VIII, p. 547).

B. — A oorma di un'altra opinione, diametralmente opposta alla prima, i ereditori del defunto potrebbero per contrario, sia prima, sia dopo la divisione dimandare il loro pagamento su tutti i beni ereditarii, senza riguardo alla divisione de' debiti ed alle collazioni col prendere tanto di meno.

Pothier, secondo Molino, tanto insegnava: il motivo da lui addotto si era: « esservi luogo in questo caso a presumere una collusione tra' due fratelli, e precisamente con la mira di esimersi da una porzione de' debiti e defraudarne i ereditori, l'erede solvibile avere indotto il fratello insolubile a dichiararsi erede » (*Trattato delle Obbligaz.*, n. 310, 311).

È indubitato che, se l' accettazione dell'erede insolubile, il quale dovesse la collazione, sia il risultamento della frode, i ereditori potranno ottenere la riparazione del nocumento che essa cagionasse loro; e cotesta riparazione, da parte dell'erede solvibile, cui la collazione adava dovuta, consisterà na-

turalmente nell' obbligo di pagar loro la porzione di debiti, cui aveva voluto sottrarsi, facendo accettare il suo coerede. Puossi anche aggiungere la frode, in simil caso, essera di fatti sommamente verosimile, quando l'erede debitore della collazione avesse interesse a rinunziare per attenersi alla donazione, anziché fare un' accettazione, la quale dovesse soltanto procacciarsi debiti.

Ma nulladimeno potrebbe puro la sua accettazione andare immune da frode; come se, per esempio, i debiti fossero ignoti, quando la fece, e si fossero posteriormente scoperti. E poscia altronde cotesto medesimo mezzo implicherebbe, per massima e salvo soltanto il caso di frode, i ereditori del defunto trovarsi astretti a soggiacere agli effetti di tale accettazione.

Or precisamente i propugnatori della seconda opinione, che aodiano esponendo, sostengono il principio per contrario essere potere i ereditori farsi integralmente pagare su' beni della eredità, sia prima, sia dopo la divisione; ed il loro ragionamento è il seguente:

Tutti i beni del debitore formano il pegno de' suoi ereditori; la separazione de' patrimoni è la consecrazione di siffatto fondamentale principio di diritto e di equità. E conseguentemente, sino a quando possono dinandare la separazione de' patrimoni, i ereditori del defunto possono farsi integralmente pagare su tutti i beni della eredità: or la separazione de' patrimoni può dimandarsi, sia prima, sia dopo la divisione; dunque, sia prima, sia dopo la divisione, i ereditori del defunto ed i legatarii possono, per tal mezzo, opporsi al rimanere definitivamente una porzione qualsivoglia de' beni ereditarii, i quali costituiscono il loro pegno, presso qualcuno degli eredi, sino a quando i lor crediti non vengano soddisfatti.

Forse ciò è un arretrate offesa al principio della divisione de' debiti? No affatto rispondono i propugnatori di quella opinione.

Io vero il principio ciascuno degli eredi andar teonto per una porzione del passivo poggia su la circostanza ciascun di essi conseguire una porzione dell'attivo: nella teorica della legge l'attiva universalità vassi frazionando nella stessa proporzione della passiva universalità: duoque, se per contrario, per effetto delle collazioni col prendere tanto di meno, uno de' coeredi consegua la intera attiva universalità, torna unisono allo stesso principio del-

la legge siffatta universalità proseguire a trovarsi parimente, presso di lui, gravata interamente della passiva universalità avvegnachè l'una non si frazionasse senza l'altra.

Allora i debiti, se così vogliasi, dividerannosi del pari di pieno diritto; ed unicamente come detentore dell'attiva universalità, come possessore la somma, il quale prenda tutto l'attivo, pagar dovrà tutto il passivo.

Tal sembrava essere un tempo la dottrina professata da Guy-Coquille, il quale osservava eziandio gli eredi, *debiti alla domestica economia, essere abituati, prima di dividere, di porre in massa taluni mobili o altri beni ereditari per soddisfare i debiti* (Quist. e risposta su gli art. delle cons. CCXXXVI).

C. — Una distinzione introdotta nella testè esposta dottrina costituisce di per sé effettivamente una quarta opinione, in conformità di cui i ereditori del defunto potrebbero realmente farsi pagare per lo intero, sia prima, sia dopo la divisione, su gl'immobili della eredità; mentre potrebbero farsi pagare interamente su' mobili soltanto prima della divisione, e si troverebbero decaduti dal diritto medesimo dopo la divisione (cofr. Demante, t. III, n. 210 bis, II e III, e 222 bis, II.).

D. — Finalmente una ultima opinione, la quale verrà da noi seguita, consiste nello stabilire, senza distinguere i mobili dagli immobili, i ereditori potersi far pagare interamente, prima della divisione, su ciascuno de' beni della eredità, ma non poter più, dopo la divisione, dimandare a ciascuno degli eredi se non la sua quota da contribuire nei debiti gravitanti su' beni spettatigli.

Primamente, per dimostrare che, innanzi della divisione, i ereditori del defunto possano, senza aver riguardo a' prelevamenti, cui taluni degli eredi avessero diritto, farsi interamente pagare su' beni della eredità, possono adoperarsi due mezzi:

1. I ereditori del defunto possono dimandare avverso i ereditori di ciascuno degli eredi la separazione de' patrimoni: or l'erede cui va dovuta la collazione è creditore dell'erede da cui debbasi la collazione: dunque i ereditori del defunto possono dimandare contro di lui la separazione de' patrimoni. Fu questo il divisamento del legislatore? Non sapremmo affermarlo; ma neppur concediamo esser sottile e forzato; ed è questo il motivo per cui il soggiorniamo: altronde non è desso l'unico nostro mezzo.

2. La collazione torna straniera a' credi-

tori del defunto: per quanto li riguarda, i beni donati non torrano alla massa ereditaria: or la logica e la equità impongono che la collazione, la quale non può giovare loro, neppur possa nuocer loro (ved. il t. IV, n. 298); e, sotto questo punto di veduta, pienamente ammettiamo l'argomento consistente nel sostenere la universalità de' beni esistenti in tempo della morte dover rispondere, sino a quando perduri la indivisione, della universalità de' debiti.

Noi affermiamo, sia a quando perduri la indivisione, e prima della divisione; avvegnachè dopo la divisione i nostri due argomenti svaniscono:

4. L'erede, cui la collazione andava dovuta, non è più creditore della collazione medesima avverso l'erede che la doveva: egli venne soddisfatto, venne pagato, mercè di prelevamenti in avvenire seguiti: or la separazione de' patrimoni non permette la ripetizione di ciò che fu pagato dall'erede ai suoi ereditori.

2. Ciò dimostra simultaneamente l'erede stesso, il quale doveva la collazione, avere, per effetto della divisione, tratto vantaggio dalla ereditaria universalità che ne formò l'oggetto: egli ne trasse vantaggio, avendo conseguito mercè que' prelevamenti la liberazione dal suo debito di collazione: dalla qual circostanza lice inferire i beni medesimi, già prelevati, virtualmente reputarsi essergli appartenuti, essendo serviti ad estinguere il suo debito; e conseguentemente l'altro erede non potere, eziandio qual detentore de' beni, venire astretto in giudizio al pagamento o'ltre la sua tangente.

3. Da ultimo soggiugniamo gli eredi avere avuto il diritto di fare la divisione come da fatti la fecero (art. 829, 830, 859, 868 — 748, 749, 778, 787), ed avere avuto il diritto medesimo verso e contro tutti; talechè la divisione, una volta seguita, può venire opposta a' ereditori del defunto come a' tutti gli altri. I ereditori del defunto avevano indubitatamente diritto d'intervenirvi, e, prima della divisione, di pignorare la totalità de' beni avverso tutti gli eredi: eglino avrebbero altresì diritto, dopo la divisione, d'impugnarla per la specie di frode da noi testè additata, segnatamente se la divisione seguita con precipitanza, o quasi immediatamente dopo l'apertura della successione (supra, n. 213); ma se, prima della divisione, non preteriva alcuna determinazione, e se la divi-

sione stessa seguita di buona fede, avvisiamo tutto trovarsi finito e compiuto verso e contro tutti (confr. decis. C. di Caen, 2^a cam., 20 feb. 1851, Seignenret).

1473. — Affermammo i creditori del defunto potere, prima della divisione, e sino a quando perduri la indivisione, venir soddisfatti su la totalità de' beni ereditarii, facendoli pignorare, ad obbietto d' impedire che la quota proveniente da' beni in natura all' erede debitore della collazione venga assorbita, in loro detrimento da' prelevamenti degli altri eredi.

Ma non debbesi forse applicare questo diritto de' creditori del defunto a tutti i casi indistintamente, ed anche quando non si trattasse, per essi, di avviare al documento che possono lor cagionare le collazioni col prendere tanto di meno?

In altri termini i creditori del defunto possono forse sempre pignorare, prima della divisione, tutti i beni della eredità istituendo il giudizio avverso tutti gli eredi?

Di più procacioso scioglimento è siffatta questione.

Sembra essersi ammessa l'affermativa dai nostri antichi autori francesi: laonde Pothier, dissimulando la obiezione contro il principio della divisione de' debiti il creditore soggiacere a documento per la molteplicità degli eredi lasciati dal debitore, rispondeva: *Potere non soggiacervi, sequestrando i beni della eredità prima della divisione o vigilando per farsi pagare* (Dele obbligaz., n. 310).

— Era pur questa la dottrina professata da Pomat (Leggi civ., lib. 1, tit. 1, sez. IX, n. 12) e da Goy-Coquille (Quist. e Resp. su le cons., CCCXXXIV).

Puossi soggiungere contestata dottrina sembrare unisona a' principii. E di fatti forse, sino a quando perduri la indivisione, tutti gli eredi congiuntamente non rappresentano compiutamente la persona del defunto? E forse allora, come affermava Goy-Coquille, non è debitrice la stessa eredità, il corpo stesso della eredità? (Loc. supra cit.)

Altronde conviene ricorrere al seguente dilemma: o la eredità è solvente; ed in questo caso il preventivo pagamento de' debiti non osterà a ciascuno degli eredi di conseguire dappoi, mercè la divisione, i beni che debbono spettargli; o la eredità è insolubile, ed in tal caso non è forse nel tempo stesso giuridico ed equo i creditori del defunto po-

ter pignorare e far vendere, prima di ogni divisione, i beni costituenti il loro pegno? (Confr. Toullier e Duvergier, t. II, num. 440 e nota a; Demante t. III, n. 240 bis, III.)

Non pertanto siffatta tesi, così formulata, ci parrebbe troppo assoluta:

Duplici regola predomina il subbietto in esame, val dire da un lato la divisione de' debiti aver luogo di pieno diritto fra gli eredi di rimpetto agli stessi creditori del defunto; e d' altro lato ciascuno degli eredi aver diritto di dimandare, mercè divisione, la sua quota in natura de' beni mobili ed immobili (art. 873, 826, 832, 1220 — 794, 745, 754, 1173).

È ben vero i creditori del defunto avere, dal canto loro, il diritto di dimandare la separazione de' patrimoni; ma la separazione medesima non osta alla divisione; avvegnachè possono dimandarla dopo come prima della divisione.

È ben vero parimente potere egli intervenire nella divisione ed opporsi al seguire in detrimento de' loro diritti; o però divisammo (supra, n. 214) poter essi opporsi a' prelevamenti, che gli eredi, eni vadano dovute collazioni da' coeredi, pretendessero esercitare in loro detrimento su la massa ereditaria; ma coteso diritto d' intervenire nella divisione e vigilarne le operazioni neppure implica il diritto di opporsi sempre ed indistintamente alla divisione (confr. decis. C. di Caen 13 nov. 1844, Marie, Rac. de le decis. della C. di Caen, 1844, t. VIII, p. 547.)

1474. — Non pertanto è forza soggiungere, per quanto riguarda i mobili della eredità, i quali potrebbero venir cotanto agevolmente sottratti a confusi co' mobili degli eredi, i creditori del defunto poter dimandare l'apposizione de' suggelli o formarvi opposizione ed eziandio esercitare pignoramenti, se i lor crediti sieno certi, liquidi ed esigibili (arg. dagli art. 820, 821, 826 C. Nap. — 739, 740, 745; o C. di Proc. art. 909, 926, 944, 934 — 986, 1003, 1008, 1010; ved. il tomo IV, n. 652, 653).

Qualora i crediti non fossero certi, liquidi ed esigibili, Toullier avvisa: 1. gli eredi potero rinuovere la opposizione ed impedire la suggellazione, dando a' creditori una sufficiente cautela, come una cauzione o una ipoteca su' lor beni particolari. 2. per la stessa ragione, quello il cui credito non ancora esigibile si trovasse già cautelato con suffi-

siente ipoteca, non dovere essere ammesso a molestare le amichevoli convenzioni degli eredi indiscretamente ed inutilmente dimandando l'apposizione de' suggelli (tomo II, n. 410).

Ma il suo dotto annotatore Duvergier professava, sopra entrambi tali punti, opposto sentimento, insegnando: 1. gli eredi non poter rimuovere la opposizione de' creditori col dar loro cauzione o ipoteca; 2. il creditore ipotecario avere, come tutti gli altri creditori del defunto, il diritto di dimandare la suggestazione od opporvisi (loc. supra cit., nota a).

Relativamente alla seconda soluzione, prendiamo a seguitare pienamente la opinione manifestata dall'onorevole Duvergier: di fatti la dottrina professata da Toullier tenderebbe niente meno a privare il creditore ipotecario del diritto di dimandare la separazione de' patrimoni; e noi ravvisammo non potersi ammettere cotesta dottrina (supra, numero 407).

Ma ci riuscirebbe malagevole lu ammettere la prima soluzione di Duvergier negli assoluti termini onde la propose. I creditori ereditarii al certo hanno diritto, anche quando i loro crediti sieno a termine o condizionali, di dimandare la separazione de' patrimoni, e conseguentemente chiedere tutti i provvedimenti conservativi de' propri diritti: ma nel tempo stesso ravvisammo esser sufficiente che i lor diritti venissero di fatti conservati ed assicurati, e conseguentemente competere al magistrato l'ordinare all'uopo quei provvedimenti che gli sembrassero di natura tale da meglio soddisfare il duplice interesse de' creditori del defunto e degli eredi (supra, n. 408).

4475. — Conviene rammentarsi averci riservato di rispondere all'argomento desunto dall'art. 1017 — 974 da' propugnatori della dottrina la separazione de' patrimoni costituire una eccezione alla regola della divisione de' debiti (supra, n. 212).

Come mai potrebbesi sostenere, esclamano i propagatori di siffatta dottrina, che il legislatore, con l'art. 1017, avesse concesso a' legatarii una ipoteca per tutto, e che avesse poscia attribuito, con gli art. 2111 e 2113 — 4997 e 1999, agli stessi legatarii ed a' creditori del defunto un privilegio o una ipoteca per parte?

Non è ancor giunto il momento di dovere esporre quali sieno i diritti de' legatarii, nè di

presentare il compilo esplicitamento del predetto art. 1017; in prosieguo ravviseremo opinioni oltremodo svariate essersi manifestate intorno a cotesta simultanea esistenza, nel nostro Codice, della ipoteca legale de' legatarii, in forza dell'art. 1017, e del privilegio della separazione de' patrimoni, in forza degli art. 2111 e 2113.

Evvene una delle più autorevoli, consistente nel sostenere tale ipoteca non essere un diritto distinto dalla separazione de' patrimoni, e la garentia ipotecaria stabilita dall'art. 4017 essere andata a convergere e perdersi interamente nella teorica della separazione de' patrimoni fermata dagli art. 2111 e 2113 (confr. Gabriele Demante, *Riv. crit. di giurispr.*, 1854, t. V, p. 179; Toullier, t. V, n. 567-569; Grenier, *delle Donazioni e de' testam.*, t. I, n. 311, 312; Duranton, t. IX, n. 386; Aubry e Rau sopra Zachariae, t. VI, p. 168-170.)

Ma dalla lor comune premessa, i propugnatori di cotesta dottrina non hanno presochè desunto le stesse conseguenze:

Gli uni pretendendo in siffatta fusione la ipoteca legale de' legatarii aver perduto il carattere d'indivisibilità, che dapprima aveva (confr. Blondeau, *della Separaz. dei patrim.*, p. 573 e seg.);

Gli altri per contrario, in maggior numero, sostenendo la separazione de' patrimoni avervi guadagnato il carattere d'indivisibilità, da cui sinu allora andava sfornita (confr. supra le citazioni).

Rispetto a noi, avvisiamo la ipoteca legale dei legatarii nulla aver perduto, e la separazione dei patrimoni nulla aver guadagnato, per la semplicissima ragione non essere avvenuta fra esse alcuna fusione, e non aver mai cessato di formare due distinti diritti (confr. Merlin, *Rep.*, v. *Separaz. de' patrim.*, sez. II, § 3, art. 4, n. 5; Troplong, *delle Ipot.*, t. II, n. 432 bis; Toullier, t. VII, n. 240; Labantons, *Riv. di regist.*, t. IV, p. 39; Bonnier, *ibid.*, t. XIV, p. 455; Mourlon, *Esame crit. del com. di Trop'ong*, n. 306; Colmet de Santerre, *Corso analit.*, t. IV, n. 162 bis, 141 e V).

Dunque i legatarii hanno nel tempo stesso, a' creder nostro, una ipoteca legale, in forza dell'art. 1017, ed il privilegio della separazione de' patrimoni, in forza degli art. 2111 e 2113.

Ciascuno di cotesti diritti è ora più ora meno vantaggioso dell'altro.

Laonde la separazione de' patrimoni ha no la ipoteca legale il duplice vantaggio di assicurare un diritto di preferenza non solo su gl' immobili, ma ancora su' mobili, e di assicurare il diritto di preferenza su gl' immobili con effetto retroattivo, quando la iscrizione venga presa entro i sei mesi dal dì dell' apertura della successione;

Mentre la ipoteca legale, in senso inverso, ha il duplice vantaggio su la separazione dei patrimoni di potersi esercitare, anche quando il legatario abbia accettato l'erede per debitore, e di godere della prerogativa d' indivisibilità.

Soggiungiamo la ipoteca legale de' legatarii non poter arrecare detrimento ai creditori del defunto nè agli altri legatarii, i quali han sempre il mezzo d' impedire lo effetto, per quanto li riguarda, mercè la separazione de' patrimoni, finchè non abbiano accettato l'erede per debitore (supra, n. 422; confr. eziandio decis. C. di Parigi 14 nov. 1838, Patureaux, Dev., 1839, II, 9).

È ben vero non esser nostro intendimento affermare tutto ciò costituire il frutto di una escogitazione profondamente meditata, nè soprattutto somamente irriprovervole.

Ma crediamo esser questo appunto il risultamento degli art. 1017, 2111 e 2113; e conseguentemente nulla doversi inferire dall' art. 1017 per dimostrare la separazione dei patrimoni godere dello attributo della indivisibilità, ed apportare eccezione alla divisione de' debiti: per ora precisamente tutto ciò intendiamo soltanto fermare.

1676. — I creditori del defunto ed i legatarii, i quali dimandarono la separazione dei patrimoni, possono forse esercitare dappoi procedimenti su' beni particolari dell' erede?

Tal questione scisse i romani giureconsulti; e, sotto l' impero del nostro Codice, è pure oggi gravemente controversa.

Vengono in campo tre principali opinioni:

A. I sostenitori della prima opinione insegnano i creditori del defunto non aver azione su' beni dell' erede pel motivo aver cessato di aver l' erede per debitore.

Era questo il divisamento di Ulpiano e di Paolo: *reces-erunt a persona haeredis*, egli-uo affermavano (L. 4, § 17; L. 5, ff. h. t.).

I moderni propugnatori di questa dottrina invocano in suo sostegno l' art. 879 — 759.

In conformità del medesimo articolo, il diritto di separazione de' patrimoni non può più esercitarsi dal creditore del defunto, il

quale abbia accettato l' erede per debitore: or chi agisca su' beni particolari dell' erede, il considera ad evidenza come suo debitore: di fatti a quale altro titolo agir potrebbe contro di lui? duoque rinunzia per questa medesima circostanza a dimandare la separazione de' patrimoni.

E soggiungesi: dunque dee, se l'avesse già dimandata, restituire a' creditori particolari dell' erede ciò che riscosse, in loro esclusione, su' beni del defunto (confr. Duranton, t. VII, n. 500, 501; Bugnet, sopra Pothier, t. VIII, p. 221.)

1477. — B. A norma della seconda opinione, il creditore del defunto, dopo aver dimandato la separazione de' patrimoni, può ancora, in caso d' insufficienza de' beni della eredità, farsi pagare su' beni particolari dell' erede, ma soltanto sotto condizione i creditori particolari dell' erede essere stati preventivamente soddisfatti su' beni medesimi.

Per romano diritto era questo il pensiero di Papiniano: *si proprii creditores haeredis fuerint dimissi*, egli insegnava (L. 3, § 2, h. t.).

Cotesta dottrina sembra essersi generalmente accolta da' nostri antichi autori francesi (confr. Lebrun, lib. IV, cap. II, sez. I, n. 26, 27; Pothier, delle Success., cap. V, art. 4, ed Introd. al tit. XVII della cons. di Orleans, n. 429; Domat, Leggi civ., lib. III, tit. II, sez. 4, n. 9; Moutvalloo, cap. 414, art. 17).

Ed è ancora ognidì propugnata.

La separazione de' patrimoni, dicesi, produce effetto fra' creditori del defunto ed i legatarii da un lato, ed i creditori dell' erede dall' altro (art. 878, 2114 — 798, 1997):

Di qui discende la duplice conseguenza:

1. E d'essa straniera allo stesso erede, di cui non muta la posizione verso i creditori del defunto ed i legatarii, i quali conservano il diritto di esercitare procedimenti su' beni suoi particolari, ne verso i suoi particolari creditori, i quali conservano al certo del pari rispetto a lui, il diritto di esercitare procedimenti su' beni della eredità (ved. L. 4, § 2, ff. h. t.).

2. Ma fra' creditori del defunto ed i creditori dell' erede essa ha per effetto, la stessa espressione lo addita, di separare i patrimoni, val dire destinare specialmente ciascuno di questi due patrimoni a ciascuna delle due classi di creditori: il patrimonio del defunto

a'creditori del defunto; ed il patrimonio dell'erede a'creditori dell'erede, come se vi fossero, per quanto li riguarda, due debitori: logica ed equa è colesia reciprocità; ed i creditori del defunto senza fondamento alcuno moverebbero lamento; dappoichè è in loro libertà lasciar confusi i due patrimoni (confr. Malleville su l'art. 878; Marendé, art. 880, n. VI; Mourlon, t. II, p. 192).

4578. — C. Daultino, in conformità della terza opinione, che crediamo dover proporre per quanto ci riguarda, i crediti del defunto ed i legatarii, i quali abbiano dimandato la separazione de' patrimoni, conservano similmente diritto di concorrere su' beni particolari dell'erede co'creditori particolari di costui, oppure in preferenza di essi, nel caso in cui la qualità de' loro crediti li renda di fatti preferibili.

L'erede, con la sua pura e semplice accettazione, è divenuto particolar debitore de' creditori del defunto; e conseguentemente debbe rimanere lor debitore, tranne quando la stessa legge dichiara cessar di esserlo: or non avvi alcun testo il quale annodi tale effetto alla separazione de' patrimoni; ed in vero non poteva esservi alcuno; avvegnachè la separazione de' patrimoni trovasi stabilita nello interesse de' creditori del defunto; e non doveasi, come afferma Pothier, *ritorcere* contro di essi.

Non pertanto invocasi in opposto senso l'art. 879 — 799; ma lo esplicitamento da noi già dato di siffatto articolo (*supra*, n. 455) costituisce una preventiva confutazione dell'argomento che pretendesi qui desumerne. In vero ciò che emerge dall'art. 879 si è la separazione de' patrimoni doversi dimandare *rebus integris*, val dire prima che il creditore del defunto o il legatario sia incorso nella decadenza del diritto di dimandarla accettando l'erede per debitore; ma non conseguita menomamente che il creditore del defunto o il legatario, dopo aver dimandato la separazione de' patrimoni, non conservi l'erede per debitore: in somma l'art. 879 determina le condizioni dell'esercizio del diritto; e non mai gli effetti del diritto già esercitato: « L'accettazione dell'erede per debitore, dicono con buon fondamento Ducaurroy, e Bonnier e Rousiaing, vien riguardata nel Codice come nel testo di Ulpiano, qual fatto è anteriore alla dimanda di separazione dei patrimoni; ed il fatto medesimo osta al venire accolta; mentre il regresso da speri-

« montare contro i beni dell'erede è un fatto « posteriore alla separazione ottenuta da' cre- « ditori del defunto. » (T. II, n. 768).

Siffatta dimostrazione, la quale prova, avverso la prima opinione, i creditori del defunto, dopo aver dimandato la separazione de' patrimoni, conservar l'erede per debitore, ci sembra vittoriosamente provare altresì, avverso la seconda opinione, avere egliino su' beni suoi particolari gli stessi diritti de' suoi particolari creditori.

4. Di fatti tutti i beni del debitore formano il pegno comune de' suoi creditori; ed il prezzo ne va ripartito tra essi per contributo, eccetto quando fra' creditori rinvengansi legittime cause di preferenza, val dire privilegi o ipoteche (art. 2093, 2094 — 1963, 1964);

Or, da un lato, i creditori del defunto ed i legatarii son creditori dell'erede al pari degli altri suoi particolari creditori; d'altro lato nessun testo ha stabilito causa di prelazione, su' beni particolari dell'erede, a pro de' suoi particolari creditori, rimpetto a' creditori del defunto o a' legatarii;

Dunque, gli uni e gli altri, creditori del defunto, legatarii o creditori particolari dell'erede, debbono concorrere per contributo su' beni dell'erede, i quali formano il loro pegno comune.

2. Invocasi la così detta equità, la reciprocità.

Ma siffatta reciprocità che mai sarebbe se non un privilegio a pro de' creditori particolari dell'erede su' beni di costui? or è forza che un privilegio trovisi scritto nella legge, e, in similgiant materia, osserva con sommo fondamento il presidente Nicolas Gailard, l'equità non è bastevole per ammettersi la reciprocità (cit. *infra*).

Ben lungi dallo avere inteso il legislatore i creditori dell'erede vantare, su' beni di costui, rimpetto a' creditori del defunto ed a' legatarii, i quali dimandarono la separazione de' patrimoni, gli stessi diritti reciprocamente che i creditori del defunto ed i legatarii vantano su' beni della eredità, l'art. 881 — 804 precisamente dispone per contrario non poter dimandare la separazione de' patrimoni: or chi non isceglia la dottrina da noi oppugnata monare in ultima analisi a stabilire, nello interesse de' creditori dell'erede, una vera separazione de' patrimoni, corre' attiva a quella dimandata da' creditori del defunto e de' legatarii! Laonde Domat (*loc. sup. cit.*),

il quale di fatti divideva i creditori dell'erede dover essere soddisfatti su' beni suoi, prima de' creditori del defunto, positivamente professava dover egli non poter dimandare la separazione de' patrimoni; ed in vero logica tornava siffatta tesi; ma, per la stessa ragione il nostro legislatore avere statuito i creditori dell'erede non poter dimandare la separazione de' patrimoni, reputasi avere virtualmente statuito del pari non aver essi diritto di prelazione su' beni dell'erede rispetto a' creditori del defunto. Di fatti, quando il debitore accettò una eredità insolubile, i suoi particolari creditori trovansi astretti a prendere una determinazione e soggiacere alla concorrenza, su' beni particolari dell'erede, de' creditori della eredità, eccetto il caso di frode (*supra*, n. 113); or precisamente questa è la ipotesi in disamina.

3. Tutti gli autori, i quali insegnano la dottrina da noi confutata, attribuiscono, aei più generici termini, a' *creditori particolari dell'erede* la prelazione su' suoi beni particolari. Ma aulladineo torna manifesto, eziandio a norma della loro dottrina, essere uopo distinguere, fra' creditori particolari dell'erede, quelli anteriori all'apertura o almeno all'accettazione della eredità da quelli posteriori a tale epoca. Domat (*loc. supra*) e Montvalloa (cap. III, art. XVII) fecero un tempo cotesta distinzione, la quale torna di fatti indispensabile in cotai sistemi; avvegnachè riuscirebbe impossibile dichiarare preferibili a' creditori del defunto i creditori verso cui l'erede obbligossi sol dopo l'apertura o almeno dopo l'accettazione della eredità; ma allora andrassi incontro ad inestricabili difficoltà! Avvegnachè i particolari creditori dell'erede sono di accessità eglioi! gli uni riguardo agli altri, della stessa condizione, sia qualunque la data de' lor crediti, anteriore o posteriore all'accettazione della eredità; or, ciò premesso, come mai attribuire a' creditori del defunto una preferenza avverso gli uni e gli altri! Nè questo è tutto: richiederassi forse, per conoscere se i creditori dell'erede sieno anteriori o posteriori all'accettazione della eredità, avere i lor titoli data certa? Se ciò richiederassi, senza dubbio verrebbero privati sempre così del diritto già da essi acquistato, molteplici creditori dell'erede, il cui titolo anteriore non avesse data certa; e se ciò non richiederassi, si concederà all'erede il mezzo sommarmente agevole di accrescere indefinitamente il novero dei

suoì particolari creditori, i quali verranno preferiti a' creditori del defunto!

Adunque il fia qui detto ci sembra inaccettabile sotto tutti i rapporti.

Ad evidenza cotesta dottrina, si nell'antico che nel novello diritto, trasse origiae dal vocabolo *separazione de' patrimoni*, il quale di fatti potrebbe addivenire, in tutto il corso di questo subbietto, sorgente di gravi aberrazioni, ove non si agisse cauto. Laonde i propugnatori della dottrina da noi combattuta sono giunti ad affermare, dopo essersi dimandata la separazione de' patrimoni, riavvenirsi di fatti due distiatì patrimoni e conseguentemente due diversi debitori, cioè la eredità e l'erede, come del pari due varie classi di creditori, cioè i creditori della eredità ed i creditori dell'erede! Or siffatta proposizione torna, sotto tutti i rapporti, mal fondata; ed il vocabolo *separazione*, il quale, cizinioe per diritto romano, non offriva, aella opinione almeno di tutti i giureconsulti, cotesta ampia significazione, ed il quale neppur offriva aella opinione de' nostri antichi giureconsulti francesi, indubitatamente non l'offre più oggidì sotto l'impero del Codice: pressattamente la separazione de' patrimoni non è nè più nè meno di un privilegio: or il privilegio, ben lungi dal supporre due diversi debitori, puossi per contrario concepire unicamente fra' creditori dello stesso debitore! (art. 2094, 2095 — 1964, 1965).

Ci limiteremo ad una ultima osservazione!

Ben penderato il sistema da noi combattuto, si ravvisa formare, in materia di separazione de' patrimoni, la contrapparte di un sistema correlativo o parallelo da noi già confutato in materia di beneficio d'inventario; dappoichè riducesi in ultima analisi a sostenere la separazione de' patrimoni produrre di pieno diritto il beneficio dello inventario aello interesse dell'erede e de' suoi creditori particolari; come si sostiene il beneficio dello inventario produrre di pieno diritto la separazione de' patrimoni nello interesse de' creditori del defunto e de' legatarii (ved. il t. III, a. 474 e seg.) Ebbene! nessuno di questi due sistemi ci sembra ben fondato; e noi del pari avvisiamo la separazione de' patrimoni non produrre di pieno diritto il beneficio dello inventario, come divisammo il beneficio dello inventario non produrre di pieno diritto la separazione de' patrimoni (confr. Merlin, *Rep.*, v. *Separazione de' patrim.*, § 3, n.

6; Chabot, art. 878, n. 43; Tonlier e Duvergier, t. II, o. 548; Nicias Gaillard, *Rivista crit. di legial.*, 1856, t. VIII, p. 201 o seg. Genty, stessa *Rac.*, 1856, t. VIII, p. 350 e seg.; Dollinger, *della Separaz. de' patrim.*, *Riv. crit. di legisla.*, 1858, t. XIII, p. 179; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 232; Massé e Vergé, t. II, p. 336).

4479. — Gli autori, i quali insegnano la dottrina da noi suggerita, soggiungono nulladimeno sol dopo esauriti ed in caso d'insufficienza de' beni ereditarii, si *inveniat* non idonea *haereditas* (L. 5, ff. h. t.), potere i creditori del defunto tornare a concorrere co' creditori particolari dell'erede su' suoi beni particolari.

« Diversamento, dice Duvergier, cotesto regresso produrrebbe rinunzia al beneficio della separazione; e conseguentemente i beni della eredità esistenti ancora presso l'erede si confonderebbero col suo patrimonio, e diverrebbero, al pari degli altri beni suoi, il pegno de' proprii creditori » (loc. supra cit., nota 1).

« È ben vero, dicono eziandio Massé e Vergé, che in materia di fallimento i creditori privilegiati o ipotecari possono partecipare alle ripartizioni nella massa chirografaria, a condizione di distrarre una somma equivalente nella massa ipotecaria e riversarla nella massa chirografaria (art. 553, 554 Cod. di com. — 545, 546); ma siffatto modo di procedere, speciale al fallimento, in cui avviene possibile dalle riunioni de' creditori in una massa comune amministrata da sindaci rappresentati nel tempo stesso il debitore, torna inapplicabile alla materia delle successioni, in cui ciascuno ereditore conserva la sua individuale azione ed il debitore il diritto di disporre de' beni suoi » (sopra Zachariae, t. II, p. 339, 340).

Ma questa medesima restrizione ci sembra sommamente controvertibile.

Diciamo la separazione de' patrimoni non essere io ultima analisi altro che un privilegio, ovvero, in alcuni casi, una semplice ipoteca (art. 2114-2113 — 1997-1999): or il creditore, il quale abbia un privilegio o una ipoteca su taluni beni del debitore, conserva sempre tutti i suoi diritti su gli altri beni, salvo l'applicazione dell'art. 2209 — 2110.

Per lo meno, nella dottrina da noi esposta, è uopo ammettere i creditori del defunto ed i legatarii avere il diritto di dimandare, a ti-

tolo di provvedimento conservativo, che una somma eguale allo importare de' loro erediti o al dividendo, da destinarvi, venisse loro condizionalmente attribuita sul prezzo de' beni dell'erede venduti da' suoi ereditari particolari prima della intera escussione de' beni ereditarii.

Imperocchè da un lato i ereditari dell'erede non sono tenuti di aspettare il termine ed il risultamento di questa escussione per esercitare procedimenti su' beni particolari del loro debitore; e d'altro lato oepure torna ad evidenza possibile i ereditari del defunto ed i legatarii esser tenuti a rimanere inerti spettatori della vendita e della ripartizione del prezzo de' beni dell'erede formanti del pari il loro pegno!

Dunque avvisiamo avere eglio facoltà d'intervenirvi riserbandosi il diritto di sperimentare il loro privilegio su quei beni della eredità il cui prezzo non si fusse ancor distribuito.

4480. — È punto generalmente assodato il privilegio della separazione de' patrimoni essere applicabile soltanto avverso i ereditari o aventi causa dell'erede, e tornare estraneo agli scambievoli rapporti de' ereditari del defunto o de' legatarii, gli uoi verso gli altri.

Non pertanto cotesta dottrina veone acorrimamente oppugnata; e per contrario si sostiene il privilegio emergente dalla separazione de' patrimoni, a pro di quei ereditari del defunto o de' legatarii che la dimandarono, aver luogo avverso gli altri ereditari del defunto e gli altri legatarii che ooo la dimandarono, del pari che avverso i ereditari dell'erede.

Con la pura e semplice accettazione dell'erede, si è detto, i ereditari del defunto ed i legatarii son divenuti suoi particolari ereditari allo stesso titolo di tutti gli altri suoi ereditari:

Or la separazione ammessa dal nostro Codice è una separazione oon collettiva, ma meramente individuale, la quale giova unicamente, a quei ereditari del defunto e a quei legatarii che la dimandarono;

Dunque quei ereditari del defunto o quei legatarii, che non la dimandarono, oon possono giovarsene; e quindi, per oia inevitabile conseguenza, può loro venire opposta, dappoichè debbono considerarsi come ereditari dell'erede.

In tal senso invocasi pure l'art. 2116 —

2040 da cui implicitamente risulta i creditori di una eredità accettata puramente e semplicemente poter acquistare diritti di prelazione gli uni in detrimento degli altri.

Finalmente soggiungesi, per la stessa forza delle cose, tornare inevitabile siffatto risoltamento nel caso in cui creditori ipotecari dell'erede si rinvenissero fra' creditori del defunto, alcuni de' quali avessero preso iscrizione entro i sei mesi dal dì dell'apertura della successione, mentre gli altri tralasciarono di far ciò: al ora converrebbe applicarla massima: *Si vinco vincendum to, a fortiori te vincam!* (Confr. decis. C. di Lione 17 apr. 1822, Duvoy, Sirey. 1824, II 459; Blondeau, della Separaz. de' patrim., p. 481, 500; Fonét de Conflans, art. 878, omm. 41).

Ma primamente ci sembra indubitato costesta dottrina trovarsi in manifesta opposizione con gli stessi testi della legge. L'art. 878 — 798 concede di fatti a' creditori del defunto il diritto di domandare la separazione de' patrimoni unicamente avverso i creditori dell'erede: l'art. 2441 dichiara, anche più esplicitamente, la separazione de' patrimoni esercitarsi da' creditori del defunto e da' legatarii riguardo a' creditori degli eredi o rappresentanti del defunto. E quando obiettasi i creditori del defunto ed i legatarii, i quali non domandino la separazione de' patrimoni, essere creditori degli eredi, ad evidenza disconoscasi il genuino senso della legge, la quale, con quelle ultime espressioni, dinota i creditori particolari dell'erede, in contrapposizione precisamente a' creditori del defunto ed ai legatarii!

È ben vero la separazione, appo noi, essere individuale e non collettiva; e di fatti da ciò risulta coloro che non la dimandarono non poter invocare il privilegio da essa conferito; ma è violare il testo della legge lo inferire inoltre il privilegio medesimo potersi invocare contro di essi; ed è snaturare altresì il carattere e lo scopo della separazione de' patrimoni, stabilirla unicamente avverso i creditori o aventi causa particolari dell'erede, avverso coloro soltanto, in buona sostanza, i quali, in qualità di ereditari dell'erede, sia da parte dell'erede, sia pure, se vogliasi, da parte del defunto (supra, n. 169), abbiano interesse ad invocare la confusione de' patrimoni.

È relativamente all'art. 2446 — 2040, è ben vero del pari risultarne, a contrario, in

caso di pura e semplice accettazione, non de' creditori del defunto poter pregiudicare la sua condizione in detrimento di quella degli altri; ma come ed in qual modo? forse mercede domanda di separazione de' patrimoni? Niente alla to! e nulla nel predetto articolo si riferisce alla separazione de' patrimoni. unicamente mercede ipoteche costituzionali o giudiziali consentite dall'erede od ottenute avverso di lui.

Adunque concludiammo il privilegio della separazione de' patrimoni non poter stabilire alcun grado di preferenza fra' creditori del defunto, nè fra' creditori del defunto ed i legatarii, nè fra gli stessi legatarii gli uni verso gli altri, ed i loro diritti reciproci a tutti rimanere, in tutti i casi, i medesimi, sia che tutti presero iscrizione prima o dopo i sei mesi, in diverse epoche, sia che taluni soltanto la presero, mentre gli altri tralasciarono di prenderla (confr. decis. C. di Grenoble 21 giugno 1841, Perret, Dev., 1842, II 355 Malpel, n. 249; Dufresne, n. 93, 97 e 98; Grenier, delle Ipot., t. II, n. 435; Persil, art. 2411, n. 4; Duranton, t. VII, n. 476, 477; e t. XIX, n. 226; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 878, osserv. 441; Demante, t. III, n. 222 bis, IV; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 225-227; Massé e Vergé, t. II, p. 337).

4181. — Ma, diccsi, che mai avverrà, in cotesto sistema, se presuppongasi creditori ipotecari dell'erede rinvenirsi fra' creditori del defunto, alcuni de' quali presero iscrizione entro i sei mesi dal dì dell'apertura della successione, mentre g'i altri omisero di prenderla?

I creditori del defunto, i quali presero iscrizione entro i sei mesi, vincono i creditori ipotecari dell'erede: or gli stessi creditori ipotecari dell'erede vincono i creditori del defunto, i quali non presero iscrizione, dunque i creditori del defunto iscritti entro i sei mesi, i quali vincono i creditori ipotecari dell'erede, debbono a fortiori vincere i creditori del defunto non iscritti.

Se diversamente avvenisse, la lor negligenza ad iscriversi nuocerebbe a quelli che furono diligenti; la qual cosa non è da ammettere.

Rispondiamo di fatti tornare impossibile la negligenza di quei creditori del defunto o di quei legatarii, i quali non presero iscrizione, nuocere a quelli che furono diligenti; ma può avviarsi a cotesto risultamento, mercede di un metodo per effetto di cui il credito

re del defunto o il legatario iscritto otterrà nè più nè meno di ciò che avrebbe ottenuto, se gli altri creditori del defunto o gli altri legatarii avessero preso iscrizione. Nel titolo de' privilegi e delle ipoteche ci faremo ad esporre i vari sistemi di graduazione suggeriti all' nopo (confr. Duranton, t. XIX, n. 487; Mourlon, *Essai crit. del com. di Trop long, de Priv. ed ipot.*, p. 942 e seg.; Aubry e Rau sopra Zachariae, t. V, p. 227-229, Dufresne, n. 99 e seg.)

§ III

Della facoltà competente a' creditori di un convivente d'intervenire nella divisione, ed opporsi al procedersi fuori la loro presenza

SOMMARIO

1482. — Passaggio. — Articolo 882.
 1483. — Esposizione.
 1484. — Sotto la denominazione di creditori di un convivente si intendono tutti gli aventi causa de' conviventi. — Esempi.
 1485. — I creditori di un convivente possono, sia intervenire e proprie spese nelle operazioni della divisione, sia opporsi per impedire di procedersi fuori la loro presenza.
 1486. — I creditori di un convivente non possono impugnare la divisione in cui egli medesimo fuoro parte. — Spiegazione.
 1487. — Continuazione. — Anzi basterebbe esservi stati chiamati, anche quando non vi fossero comparsi e non vi fossero stati parti.
 1488. — Quando i creditori di un convivente non furono parti nella divisione, conviene fare una distinzione:
 1489. — A. Del caso in cui i creditori de' conviventi abbiano formato opposizione alla divisione. — In qual forma può seguire l'opposizione medesima?
 1490. — Continuazione
 1491. — Continuazione
 1492. — Continuazione
 1493. — Continuazione.
 1494. — L'atto di opposizione formato da uno de' creditori di un convivente giova soltanto a chi li fece.
 1495. — Quando i creditori di un convivente formarono opposizione alla divisione, non vi si può procedere senza di essi. — *Quid* nondimeno se la divisione seguita senza essere stati chiamati?
 1496. — L'erede, il cui creditore si oppose alla divisione, può forse disporre dappoi, in detrimento del creditore opponente, della porzione di beni che gli si debba attribuire per effetto della divisione? — *Risposta*.
 1497. — B. Del caso in cui i creditori de' conviventi non si opposero alla divisione.
 1497 bis. — Continuazione. — I creditori de' conviventi possono forse allora impugnare la divisione?

1498. — Continuazione
 1499. — Continuazione
 1500. — Continuazione. — *Quid*, se i creditori pretendano ed offrano provare la pretesa divisione, loro opposta, non essere reale, ma essere un atto simulato?
 1501. — *Quid*, se pretendano e dimostrarlo prova che avere avuto scopo di formare opposizione, per la precipitazione onde i coeredi si affrettarono alla divisione, ad oggetto precisamente di non lasciarne loro il tempo?
 1502. — Continuazione.
 1503. — Continuazione.
 1504. — Continuazione. — Quali sono in generale i metodi di divisione da riguardarsi come frodolenti?
 1505. — Continuazione.
 1506. — A quali atti l'art. 882 è mai applicabile?
 1507. — Continuazione
 1508. — Sol quando la divisione sia consumata i creditori di un convivente non possono più intervenire o formarvi opposizione. — Conseguenza.
 1509. — Continuazione. — *Quid*, se i coeredi abbiano fatto una parziale divisione?

1482. — Il legislatore, il quale già imprese a trattare de' diritti de' creditori del defunto, prende ora a trattare de' diritti de' creditori de' coeredi o conviventi.

L'art. 882 — 802 è concepito nella seguente guisa:

« I creditori di un convivente, per impedire che la divisione sia fatta in frode dei loro diritti, possono opporsi perchè non vi si proceda se non col loro intervento a loro spese: ma non possono impugnare una divisione consumata, eccetto il caso in cui si fosse eseguita senza il loro intervento in pregiudizio di un'opposizione che essi avessero fatta. »

1483. — Due specie d'interessi, meritevoli del pari di protezione, trovansi qui in concorso:

Da un lato l'interesse de' creditori dei conviventi, il quale può venire assai gravemente messo a repentaglio dalle operazioni della divisione;

D'altro lato l'interesse delle famiglie, della loro tranquillità, della loro sicurezza e conseguentemente altresì lo stesso interesse della società, cui rileva l'essere le divisioni, per quanto più sia possibile, stabili e definitive; tanto maggiormente che son d'essi atti necessarii non dipendenti dalla libera volontà delle parti.

Primieramente è manifesto i diritti de' creditori di un convivente potere venire lesi, con una divisione in cui è interessato il loro debitore, in più modi; sia con attribuirsi al loro debitore una porzione minor di quel-

la dovunque, con sottoporlo ad una collazione da lui non dovuta; con imporgli un paragamento esagerato o affatto indebito; o con attribuire a' suoi condividenti prelevamenti senza causa; sia con formarsi la sua quota unicamente di mobili, più facili a cedere e sottrarre a' loro procedimenti; sia finalmente con far cadere nella quota de' suoi condividenti immobili su cui avesse loro consentito ipoteche o altri diritti, che vadano a risolvere si per lo effetto dichiarativo della divisione (art. 883 — 803).

Dunque tornava indispensabile il procacciare a' creditori de' condividenti un mezzo di ovviare alle frodi di tal genere.

Ma nel tempo stesso faceva mestieri formare il mezzo medesimo in guisa da dar pure all'alto interesse della paco delle famiglie la soddisfazione e la garanzia parimente dovutegli.

Come mai il legislatore conciliò siffatti due ordini d'interessi.

1484. — Innanzi tutto osserviamola espressione adoperata nell'art. 882 i creditori di un condividente dinotare non solo, i creditori propriamente detti, ma più generalmente tutti gli aventi causa di un condividente, val dire tutti coloro i quali abbiano, da parte di un condividente, interesse a vigilare sulle operazioni della divisione; come, per esempio, il compratore di un diritto di proprietà o di usufrutto, sopra un oggetto ereditario individualmente determinato, il cessionario di diritti ereditari, ec.: la essenzial ragione, su cui poggia l'art. 882 è di fatti la stessa in tutti i casi (confr. decis. C. di Nîmes 8 dic. 1806, Canmette, Sirey, 1807, II, 4086; di Riom 44 feb. 1830, Brousse, Dev., 1830, II, 354; arresto C. cass. 14 ag. 1840, de Laquenille, Dev., 1840, I, 753; decis. C. di Nîmes 5 lug. 1848, Girau, Dev., 1848, II, 689; di Donai 41 genn. 1854, Flament, Dev., 1854, II, 357; Duranton, t. VII, n. 508; Chabot, art. 882, n. 6, Poujol, art. 882, n. 2; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 291; Massé e Vergé, t. II, p. 389).

1485. — Ebbene adunque i creditori di un condividente (intendendo in avvenire questo vocabolo nell'ampia significazione di avente causa) han diritto di vigilare e scrutinare le operazioni della divisione.

Ed all'uopo possono:

Sia intervenire, a loro spese, val dire con l'obbligo di sopportare le spese cagionate dal loro intervento; dappoichè non sarebbe stato

giusto aumentare, in detrimento del condividente, le spese già cotanto considerevoli delle divisioni (confr. arresto C. cass. 27 ag. 1838, De Fresnois, Dev., 1838, I, 810).

Sia formarvi opposizione, affinchè non vi si proceda senza di essi.

Ben si comprendo gli stessi condividenti poter prendere la iniziativa e chiamarli alle operazioni della divisione.

1486. — Ciò premesso, evvi una ipotesi, la quale non potrebbe offrire difficoltà, val dire quella in cui i creditori di un condividente fossero di fatti figurati nelle operazioni della divisione.

Torna evidente non poter allora impugnare tale atto, in cui essi medesimi furono parte, e di cui poterlo scrutinare le operazioni; non poterlo impugnare, noi diciamo, in proprio nome, per nocumento, nè tampoco per frode, in forza dell'azione Paoliana; salvo però la facoltà che potrebbe lor competere, in conformità del diritto comune, di impugnarlo, sia direttamente, per causa, per esempio, di dolo o violenza, sia da parte del loro debitore, per causa di lesione (art. 1409 e seg., 1466 — 1063, 1119; confr. decis. C. di Aix 20 nov. 1833, Firming, Dev., 1834, II, 320; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 394).

Siffatta soluzione è vera per tutti i casi: i creditori del condividente abbiano o pur no formato opposizione; sieno essi medesimi intervenuti oppure chiamati da' condividenti: poco monta in qual modo intervennero nella divisione, purchè vi intervennero e vi furono parti.

1487. — Viemaggiormente! anche quando non vi intervennero e non vi furono parti, basterebbe osservi stati chiamati per non potere impugnar dappoi la divisione, sia per nocumento, sia per frode: è colpa loro il non esservi comparsi! (confr. infra, n. 241; decis. C. di Lione 21 dic. 1831, Chaillot, Dev., 1832, II, 262; arresto C. cass. 23 gen. 1839, Loyson, Dev., 1839, I, 238, Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 292; Massé e Vergé, t. II, p. 390; Bontry-Boissonade, Riv. crit. di legisl., 1856, t. IX, n. 4).

1488. — La ipotesi che debbe segnatamente richiamare la nostra attenzione è adunque quella in cui i creditori del condividente non figurarono nella divisione e non vi furono neppur chiamati dalla iniziativa de' coeredi.

Or, per risolverla, è mestieri, in conformità

de l'art. 882, fare la seguente distinzione :

A. — O i creditori del dividendo formano opposizione alla divisione ;

B. — O non vi si opposero.

1489. — A. E primieramente supponiamo i creditori del dividendo aver formato opposizione alla divisione.

La legge non stabilì specialmente la forma di tale opposizione, e, nel suo silenzio, i principii generali inducono a statoire potersi formare con atto stragiudiziale.

Ma ciò che è essenziale, a parer nostro, si è l'atto medesimo doversi notificare non solo al coadividente debitore, da parte del quale i creditori formano opposizione, ma eziandio a tutti gli altri coadividenti; avvegnachè segnatamente nello interesse di costoro, allorchè non esponansi ad una divisione, la quale potrebbe veair dichiarata nulla, e conseguentemente da reiterare, noi diciamo segnatamente nel loro interesse si richiede dalla legge il preventivo atto di opposizione. Duranton, (I. VII, n. 506), dopo avere appalesato, su questo punto qualche dubbio, ben presto giugne in ottima analisi a siffatta conclusione (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 295, Chabot, art. 882, n. 2; Poujol, art. 882, n. 2).

1490. — Altrove tale atto stragiudiziale di opposizione può veair surrogato da altro atto equipollente:

A cagion d'esempio, tal sarebbe ad evidenza una dimanda d'intervento notificata a tutti i coeredi.

Altrettanto è da dire circa la opposizione alla suggellazione prodotta nella forma prescritta dagli art. 926 e seg. C. pr. — 1003; e siccome la opposizione medesima debbesi inscrivere sul processo verbale della suggellazione o notificare al cancelliere del giudice di pace; così reputasi nota a tutti i coeredi; e quindi non ci pare indispensabile notificarsi a ciascun di essi individualmente (confr. decis. C. di Nanci 9 genn. 1847, Arnaud, Sirey, 1847, II, 153; arresto C. cass. 9 lug. 1838, de La Berthelière, Dev., 1838, I, 764; decis. C. di Parigi 10 giugno 1858, Stiegler, Dev., 1859, II, 164; ved. pure arresto C. cass. 6 lug. 1858, Delabrosse, Dev. 1859, I, 247; Foin de Couffans, art. 882, n. 6; Chabot, art. 882, n. 2; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 296; ved. nondimeno Durantun, I. VII, n. 206; Chabot, art. 882, n. 2).

1491. — Ma per contrario il sequestro presso terzo seguito in danno de' creditori ere-

ditarii ad istanza di creditori di un coerede potrebbe valere quale atto di opposizione alla divisione sol quando si fosse denunziato a tutti i coeredi; ma, sotto questa condizione, dovrebbe produrre lo effetto medesimo; dappoichè non può ad evienza avere altro scopo (confr. arresti C. cass. 24 genn. 1837, Lousan, Dev., 1837, I, 106; 19 nov. 1838, Delatour, Dev., 1839, I, 309.)

1492. — La stessa soluzione sarebbe applicabile al pignoramento di immobili, seguitato in danno di uno de' coeredi ad istanza dei de' suoi creditori: noi vi ravviseremmo altresì un atto equipollente alla opposizione alla divisione, se si fosse denunziato a tutti i coeredi, dappoichè la denunzia medesima non può avere altro scopo, e tornerebbe inutile senza di ciò; non indispensabile è pure siffatta condizione; e se il pignoramento non si fosse notificato a tutti gli eredi, non equivarrebbe, a creder nostro, ad un atto di opposizione, anche quando si fosse trascritto.

E ben vero la trascrizione del pignoramento trar seco oggi, come un tempo la denunzia al debitore pignorato, il divieto di alienare (art. 686 C. pr. — 782); dalla qual circostanza si è desunto trar seco del pari il divieto di procedere alla divisione (confr. arresto C. cass. 11 novembre 1810, Rando, Dev. 1811, I, 63; Massé e Vergé sopra Zachariae, I. II, p. 389).

Ma cotesta illazione non ci pare ben fondata; in vero ciò che il legislatore richiede, per potersi la divisione già compiuta impugnare dappoi da' creditori di uno de' coadividenti, non è soltanto l'essersi potuto riavere un impedimento alla persona di un di essi, ma eziandio l'essere stato solo lo impedimento medesimo agli altri coadividenti, e costoro stessi aver proceduto alla divisione senza chiamarvi l'opponente (confr. decis. C. di Tolosa 14 lug. 1829, Moch, Sirey, 1829, II, 416; di Bourges 27 ag. 1852, Saint-Auveur, Dev., 1853, II, 405; di Agen 11 dic. 1854, Lacaze, Dev., 1855, II, 56; Aubry e Rau, sopra Zachariae, I. II, p. 296).

1493. — Ed è questo il motivo per cui ci pare impossibile riguardare come equipollente ad una opposizione alla divisione la iscrizione ipotecaria presa su gl' immobili della eredità dal creditore di uno de' coeredi (confr. decis. C. di Rouen 17 genn. 1849, Duperron, Dev., 1850, II, 23).

L'onorevole Duvergier censura, a creder

nostro con sommo fondamento, Toullier per avere insegnato la opposta dottrina (Toullier e Duvergier, t. II, n. 563, nota a).

1494. — Altronde ben si comprende l'atto di opposizione formato da uno de' creditori del dividende giovare unicamente a chi il formò, e gli altri creditori dello stesso dividende, ed a fortiori i creditori di altro dividende non potersene prevalere; dappoichè l'atto medesimo, rispetto ad essi, è *res inter alios acta* (confr. decis. C. di Bordò 3 mag. 1833, Dev., 1833, II, 509; arresto C. cass. 6 lug. 1838, Delabrosse, Dev., 1859, I, 247; Forêt de Conflans, art. 882, n. 7; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 297; Massé e Vergé, t. II, p. 369).

1495. — Ebbene adunque! quando i creditori del dividende formarono opposizione alla divisione, non può procedersi senza loro intervento (art. 882), val dire dover egli esservi chiamati e reputarsi essere in avvenire effettivamente parti necessarie.

Tuttavia qual cosa conseguita, se non vi furono chiamati, poter impugnare la stessa divisione compiuta per l'unico motivo non esservi stati chiamati, sotto l'unica condizione aver egliuo interesse a far ciò.

Ma non sono menomamente in obbligo, in tal caso, di provare un frodolento concorso fra tutti i dividendi, e neppure una frodolenta intenzione da parte del dividende, loro debitore: basta ad essi il dimostrare un legittimo interesse, affinchè la divisione, tal quale seguitò senza loro intervento, non possa opporsi ad essi, e debbasi procedere ad una novella divisione. Per quanto rigorosa cotesta soluzione sembrar possa verso i coudividendi, essa nulla offre di eccessivo; dappoichè debbano accagionare a se stessi il non aver avuto alcun riguardo alla opposizione; altronde è mestieri che cotesto diritto di opposizione de' creditori dei dividendi venga rispettato e garantito mercè di una sanzione. e siffatta energica sanzione costituisca pure, sotto altro rapporto, il giusto compensamento del rigore onde la legge nega ad essi medesimi ogni azione per far dichiarare nulla, eziandio per causa di frode, la divisione cui non si opposero (confr. decis. C. di Douai 26 dic. 1853, Degroux, Dev., 1854, II, 680; di Pau 3 feb. 1855, De Marsan, Dev., 1855, II, 56; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 291; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 775; Boutry-Buissonade, loc. *supra* cit., n. 1.)

1496. — Soggiugniamo la opposizione alla divisione ne' rapporti del creditore opponente rispetto all'erede suo debitore produrre una specie di acquesto, il quale non permette più a costui di disporre, in detrimento del creditore opponente, della porzione dei beni che la divisione debbe attribuirgli. Altronde è questa l'applicazione di una tesi più generale, che ci farem ad esporre nella disamina dell'art. 1466, per quanto riguarda lo sperimento de' diritti del debitore da parte de' ereditori (confr. decis. C. di Aix 9 genn. 1832, Dev., 1832, II, 600; arresto C. cass. 11 giugno 1816, Courtois, Dev., 1816, I, 444; decis. C. di Parigi 19 genn. 1813, Carrier, Dev., 1851, II, 443; 10 giu. 1858, Stiegler, Dev., 1859, II, 461; arresto C. cass. 6 lug. 1858, Delabrosse, Dev., 1859, I, 247; Dutruc, n. 538; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, pag. 360; ved. nondimeno decis. C. di Douai 24 maggio 1850, Plouvin, Dev., 1851, II, 443).

1497. — B. Suppongasi ora i creditori de' coeredi non aver formato opposizione alla divisione.

Torna manifestò allora i coeredi non esser tenuti a chiamarvi: indubitamente possono far ciò; ma da parte loro non rinvieniscuna obbligazione (arg. dall'art. 882 — 802, ved. Loaré, *Legisl. civ.*, t. X, p. 204).

L'art. 882 dichiara, in siffatta ipotesi, i creditori de' dividendi non poter impugnare la divisione consumata.

E, per ben comprendere l'ampiezza di cotesta rilevante disposizione, è indispensabile riferire qui il disposto con l'articolo 1167 — 1120, cui rannodasi col più stretto legame.

Questo articolo è concepito nella seguente guisa:

« Egliuo (i creditori) possono pure, in « loro proprio nome, impugnare gli atti fatti « dal loro debitore in frode delle loro ragioni. Devono nondimeno riguardo alle loro « ragioni enunciate nel titolo delle Successioni e nel titolo del Contratto di matrimonio e de' diritti rispettivi degli sposi conformarsi alle regole che ivi sono prescritte. »

1497 bis. — Che mai risulta da siffatti due testi?

E sotto qual rapporto l'art. 882 — 802 racchiude una eccezione al principio fermato dall'art. 1167?

E questa sua tesi sommanente controver-

sa; e non meno di quattro sistemi son venuti in campo.

I e li. I due primi convengono principalmente nella proposizione, cioè la opposizione di cui trattasi nell' art. 882 esser necessaria soltanto allorché i ereditori abbiano diritto d' impugnare la divisione per causa di semplice nocumento; ma non esser necessaria per aver diritto d' impugnare per causa di frode; o quindi l' unica differenza. fra il creditore opponente ed il creditore non opponente, si è il primo di fatti, per impugnare la divisione, abbisognare soltanto di dimostrare arreargli nocumento, mentre il secondo debbe inoltre dimostrare essere frodolento.

Ma, dopo avere fermato questa comune premessa, i due primi sistemi si scindono.

E mentre l' uno sembra ammettere il creditore di un dividendo ad impugnare la divisione per l' unico motivo il coerede, il quale è suo debitore, averla consentito in frode de' suoi diritti, anche quando gli altri coeredi non avessero partecipato alla frode; l' altro per contrario richiede la divisione essere stata il prodotto di un concerto frodolento fra tutti i coeredi.

Questo secondo sistema segnatamente vien professato da molteplici autorità: L' art. 882, dicono i suoi propugnatori, ebbe per iscopo di garantire lo interesse delle famiglie, e mantenere, a pro de' coeredi di buona fede, le divisioni lealmente fatte da essi; e conseguentemente non potrebbero invocare dagli stessi coeredi, quando sien tutti convinti di frode! Siffatta interpretazione trasgredirebbe tutti i principii di morale e di giustizia! essa lascerebbe quasi sempro impuniti le più gravi frodi, che i ereditori de' dividendi non potettero antivenire, atteso la loro ignoranza dell' apertura della successione, della loro lontananza o altre cause ancora, che avessero ad essi impedito di formare opposizione alla divisione. Non potette esser questo lo intendimento del legislatore: quindi, dicevi, Treilhard, nella *Esposizione de' motivi del titolo delle successioni*, dichiarò l' art. 882, denegando a' ereditori non oppositori il diritto d' impugnare la divisione consumata, presupporre una divisione senza frode (Loché, *Legislaz. civ.*, t. X, p. 201; confr. decis. C. di Agen 21 feb. 1824, Lagier, Sirey, 1825, II, 483; di Tolosa 8 die, 1830, Massol, Dev., 1830, II, 461; di Bordò 3 mag. 1833, Lespère, Dev., 1833, II, 509; 41 lug. 1834,

Laborde, Dev., 1834, II, 477; 25 nov. 1831, Bloy, Dev., 1835, II, 439; di Montpellier 14 giu. 1839, Bouton, Dev., 1839, II, 473; di Parigi, 40 lug. 1839, Romigny, Dev., 1839, II, 328; di Lione 17 feb. 1854, Armand, Dev., 1854, II, 506; di Parigi 21 gen. 1858, Firbaek, Dev., 1858, II, 505; Vazeille, art. 882, n. 4; Foné de Confians, art. 882, n. 42; Bédarride, *Trattato del dolo e della frode*, n. 4552 e seg.; Dutruc, *della Divisione delle eredità*, n. 532; Aubry e Rau sopra Zachariae, t. V, p. 292).

4498. — III. Un terzo sistema, suggerito da Bonry - Boissonade, consiste a restringere l' applicazione dell' art. 882 a' ereditori, i quali ottennero, da parte di uno de' coeredi, ipoteche o altri diritti reali sopra un immobile ereditario. I ereditori di questa categoria non potrebbero, in mancanza di opposizione, impugnare la divisione consumata, eziando adducendo un frodolento concerto di tutti i dividendi, per effetto di cui lo immobile gravato del loro diritto fosse stato attribuito ad una quota diversa da quella del loro debitore; mentre tutti gli altri ereditori de' contribuenti, i quali non si ritenessero in tal categoria, potrebbero, in conformità del diritto comune, a norma dell' art. 1167—1120, impugnare la divisione consumata, anche quando non vi avessero formato opposizione (*Rivista crit. di legisl.*, 1856, t. IX, p. 450 e seg.)

4499. — IV. Finalmente, in conformità del quarto sistema, che, da parte nostra, ereditiamo dover proporre come il solo unisono allo stesso testo della legge ed al genuino intendimento del legislatore, i ereditori di un dividendo, senza veruna distinzione, quando non formarono opposizione alla divisione, non possono dappoi impugnare, eziando adducendo ed offrendo provare essere il prodotto di un concerto frodolento fra tutti i dividendi :

4. Dall' art. 1167 risulta i ereditori di un erede potere impugnare, come fatte in frode de' loro dritti, le divisioni consentite dal loro debitore sol quando si uniformarono alle regole stabilite nel *Titolo delle successioni* ;

Or nel *Titolo delle successioni*, l' art. 882 forma della loro preventiva opposizione alla divisione una condizione della riectibilità della loro azione; ed impone che i ereditori di un dividendo formino opposizione per ovviare al farsi la divisione in *frode de' loro dritti* ;

Dunque, in mancanza di opposizione da parte loro, non possono impugnare, eziandio come fatta in frode de' loro diritti, sia soltanto dal coerede loro debitore, sia da tutti i coeredi congiuntamente; la divisione già seguita.

Val dire che in materia di divisione il legislatore ha surrogato il mezzo preventivo al mezzo repressivo.

2. Cotesto argomento, desunto dal ravvicinamento degli art. 882 e 1167, ci sembra convincente; dappoichè mentre dimostra la veracità del nostro sistema, dimostra, tutti gli altri sistemi convergere necessariamente a rendere affatto inutile l'art. 882.

Di fatti affermare, come i due primi sistemi, la opposizione alla divisione, da parte de' creditori di un condividente, aver soltanto per iscopo di ovviare al seguir la divisione in detrimento de' loro diritti, è primamente trasgredire lo stesso testo dell'art. 882, il quale dichiara aver per oggetto di ovviare al farsi la divisione in frode de' loro diritti; e ciò è pure ridurre a nulla l'articolo medesimo; dappoichè è manifesto i creditori de' condividenti non aver giammai avuto, in conformità del diritto comune, a prescindere eziandio dall'art. 882, il diritto d'impugnare la divisione diversamente che per causa di frode. I quindi Bigot - Preameneu spiegasi così nella *Esposizione de' motivi del titolo delle obbligazioni* (Lucré, *Legislaz. civ.*, t. XII, p. 336, 337); e la spiegazione da lui data dell'art. 1167 ci sembra ad evidenza preferibile a quella data da Treilhard dell'art. 882.

E relativamente al sistema proposto da Bontry - Boissonade, crediamo che esso introduca nell'art. 882 un'arbitraria distinzione, cui resiste la generalità de' suoi termini e de' suoi motivi. L'ipotesi in cui il creditore di un condividente abbia acquistato, da parte del suo debitore, un diritto reale sopra immobili ereditarij; è indubbiamente una delle principali ipotesi, cui si applica l'art. 882: precisamente in tal senso Potbier e Lebrun l'adducevano, e lo stesso art. 865 l'ha specialmente rimembrata (ved. il tomo IV, n. 508-510); ma non è indubbiamente la sola: eziandio il vocabolo *ipotecario*, il quale trovavasi nel progetto dell'anno VIII (art. 203), fu tolto via (Fenet, t. II, p. 136); è ben vero tal soppressione essersi dimandata, per un motivo sommamente erroneo, da Jollivet, il quale divisava cotesto vocabolo implicar l'idea gli eredi aver potuto ipotecare gl'immo-

bili del loro autore anche nel corso di sua vita! (Fenet, t. XII, p. 79); ma in ultima analisi questo vocabolo, il quale, al certo per motivi diversi da quello, non vi si doveva rinvenire, fu tolto via; e l'art. 882 è rimasto con l'assoluta sua generalità.

Soggiugniamo tal distinzione fra le varie classi di creditori essere, sotto altro punto di veduta, sommamente malagevole a giustificare: dappoichè non sapremmo ammettere, con Bontry - Boissonade, il terzo, cui il condividente concedesse un diritto d'ipoteca o di usufrutto sopra un immobile ereditario, ovvero cui abbia venduto la sua porzione indivisa nello immobile medesimo, abbia dovuto essere sacrificato più agevolmente de' semplici creditori, pel motivo che la frode, per effetto di cui sarebbersi ovviato al far cadere tale immobile nella quota del suo debitore, gli arrecasse un nocumento relativamente minimo ed altronde riparabile. Di fatti torna manifesto il nocumento poter essere, in questo caso, parimente gravissimo e spesso eziandio irrimediabile.

Adunque conchiudiamo i creditori di un condividente, i quali non formarono opposizione, non possono dappoi impugnare la seguita divisione, eziandio offrendo provare un frodolento concorso fra tutti i coeredi; dappoichè l'art. 882 stabilisce, a creder nostro, contro di essi un motivo di assoluta irricevibilità il quale neppur permette di addurre la frode. E noi ravviseremo (infra, n. 245) siffatta conclusione, imposta dallo stesso senso letterale della legge e dal suo essenziale motivo, nè anche meritarne altronde tal rimprovero d'immoralità ed ingiustizia fattole! (Confr. decisi. C. di Bordò 29 nov. 1836, Seboureau; e di Riom 23 lug. 1838, Gordez, Dev., 1839, II, 278, 279; di Douai 7 giugno 1848, Salligot, Dev., 1849, II, 362; 15 dic. 1851, Designes, Dev., 1852, II, 57; Lebrun lib. II, cap. IV, sez. IV, n. 1, e lib. IV, cap. I, n. 65, Potbier, delle *Success.*, cap. IV, art. 5, § 1, Poujol, art. 882, n. 12, Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 882, essere 4; Duranton, t. VII, n. 509; Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, n. 773; Demante, t. III, n. 224 bis, Legentil, *Fiocertaz. giurid.*, p. 91 e seg.; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 390).

1500. — Questo ci sembra essere il principio.

Nondimeno soggiugniamo dovervisi appor-
tare due eccezioni:

1. Eccettuiamo il caso in cui i creditori di un dividendo dimandassero provare la pretesa divisione fatta non esser seria, ma esser simulata, e senza far cessare effettivamente la indivisione, avere avuto per iscopo di sottrarre i beni della eredità alla loro azione: di fatti è manifesti i creditori potere, eziandio in mancanza di ogni opposizione, impugnare l'atto medesimo; dappoichè l'art. 882 vieta loro soltanto d'impugnare una divisione consumata: or supponiamo la divisione invocata non essere, come dichiarò la Corte di cassazione, *effettivamente una divisione* (confr. arresto l. cass. 10 mag. 1825. Minresse, Sirey, 1826, I, 192; decis. C. di Tolosa 21 mag. 1827, Berthe, Sirey 1828, II, 92; di Bourges 18 lug. 1832, Boardarioux, Dev. 4833, II, 628; di Montpellier 11 giugno 1839, Boulton, Dev., 1839, II, 473, arresti C. cass. 27 nov. 1844, De Brouqueus, Dev. 1845, I, 284, 22 mag. 1854, Tafforeau, Dev. 1855, I, 20; Pujol, art. 882, n. 4; Vazille art. 882, n. 5; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 882, osserv. I; Duennuroy, Bonnier e Rousning, t. II, n. 773, Demante, t. III, n. 22; bis, Zacharise, Aubry e Rau, t. V, p. 293, Massé e Vergé, t. II, p. 390).

1501. — 2. Eccettuiamo ancora il caso in cui i creditori di un dividendo dimandassero provare non vero avuto il tempo di formare opposizione, per effetto della precipitazione onde i coeredi affrettaronsi a concludere la divisione, ad obbietto precisamente di non lasciarne loro il tempo.

Vi fatti è manifesto che se i dividendi invocassero, in tal caso avverso i creditori di uno di essi, la mancanza di opposizione qual motivo d'irricettibilità, costoro vittoriosamente replicheranno ad essi tal mancanza di opposizione provenire dalla propria frode; conseguentemente esserne garanti e responsabili verso di essi; e quindi non potere opporla loro.

È ciò eminentemente giuridico ed equo, dappoichè se la legge dichiara i creditori di un dividendo non potere impugnare, eziandio per causa di frode, la seguita divisione, la ragione si è avere un mezzo d'impedirla e dovere imputare a sè stessi il non averlo adoperato: dunque il motivo d'irricettibilità è sornito totalmente di base, quando per la stessa frode de' dividendi non potettero adoperare tal mezzo.

Ed in simil caso, val dire quando i creditori di un dividendo dimanderanno pro-

venire costata frodolenta precipitazione, la circostanza avere egli già notificato una opposizione alla divisione al coerede lor debitore, dovrà prendersi in seria considerazione, anche quando non avessero notificato la opposizione medesima agli altri coeredi, se dallo circostanze risulti costoro medesimi averne cognizione (confr. decis. C. di Limoges 15 apr. 1856, De Lavcyrie, Dev., 1856, II, 632; arresto C. cass. 4 feb. 1857, stesse parti, Dev., 1858, I, 47; Duranton, t. VII, n. 506-509, Demante, loc. *supra* cit.; Duennuroy, Bonnier e Rousning, loc. *supra* cit.)

1502. — Non intendiamo affermare un termine qualsivoglia dovere trascorre fra l'apertura della successione e la divisione: l'art. 882 non richiede alcuna condizione di tal genere; e quindi torna indubitato i creditori di un dividendo, i quali non formarono opposizione, non potere impugnare la divisione per l'unico motivo essersi fatta in epoca più o meno prossima all'apertura della successione (confr. decis. C. di Parigi 4 feb. 1837, Bureau, Dev., 1838, II, 121; Duranton, t. VII, n. 509; Zacharise, Aubry e Rau, t. V, p. 292; Duvergier sopra Toulhier, t. II, n. 442, nota 6).

1503. — Ma nel tempo stesso è mestieri nitresi ammettere la precipitazione onde la divisione seguiti costituire, in tali congiunture, un primo indizio di frode, e quasi sempre de' più gravi, ed il quale diverrebbe eziandio decisivo, a pro de' creditori di un dividendo, i quali dimandassero provare e provassero i metodi adottati nella divisione medesima seguita con tanta precipitazione essersi di fatti frodolentemente concertati ad obbietto di nuocer loro. Costeta duplice circostanza della precipitazione, la quale non avesse lasciato a' creditori di un dividendo il tempo di formare opposizione, e de' metodi frodolenti della divisione, diverrebbe in generale far trionfare la loro azione.

E la risposta che facciamo a coloro i quali qualificano continua alla morale ed alla giustizia la dottrina da noi testè propugnata, ed in conformità di cui i creditori i quali non formarono opposizione, non possono impugnare, eziandio offrendo provare il concorso frodolento di tutti i coeredi, la divisione già consumata (*supra*, n. 241), si è che di fatti, più generalmente, i creditori dovranno a se stessi accagionare il non avere, come potevano, formato opposizione alla divisione;

e che se nol potettero, per l' affollata precipitanza de' coeredi, precisamente allora potrebbero impugnar la divisione, eziandio compiuta, se la divisione medesima siasi fatta, in frode de' loro diritti.

1503. — Quando i creditori di un condividente dimandano quindi provare: 1. essersi fatta la divisione con precipitanza, ad obbietto di non lasciar loro il tempo di formarvi opposizione; 2. essersi fatta in frode de' loro diritti, sieno qualunque i metodi della divisione da considerarsi di fatti come frodolenti?

Ad evidenza questa non è più che una quistione di fatto.

Ciò che possiamo affermare soltanto, per massima, si è questo carattere di frode svelarsi segnalamente nelle clausole di una divisione con le quali il coerede debitore si fosse sottoposto a collazione, cui non poteva essere astretto; ovvero con le quali avesse consentito, a pro de' suoi coeredi, a prelevamenti cui non avevano diritto (confr. decis. C. di Grenoble 1 giugno 1850, Martin, Dev., 1851, II, 608; di Besanzone 8 feb. 1855, Bryson, Dev., 1855, II, 573).

Avverrebbe lo stesso della cessione, che il coerede debitore avesse consentito de' suoi diritti ereditari ai suoi coeredi, supponendo doversi considerare qual divisione (confr. infra, n. 287 e seg., decis. C. di Tolosa 8 dic. 1830, Massol, 1831, II, 161.)

1504. — Potrebbe forse ravvisare una frode di natura tale da far dichiarare nulla la divisione nella circostanza di non essersi esattamente osservate le disposizioni degli art. 826 ed 832 — 745 e 751, val dire essersi posta nella quota del coerede debitore una porzione più considerevole di mobili, o semplicemente de' mobili; mentre i suoi coeredi avrebbero ottenuto una porzione più considerevole d'immobili o soltanto degli immobili?

Quistion di fatto ancora! ma nulladimeno, rispetto particolarmente a questa, è dopo osservare in generale tal circostanza non sembrarci sufficiente di per sé sola per doversi la divisione considerare frodolenta: l' art. 832 nulla ha effettivamente d' imperativo (vedi, il tomo III, n. 672); ed al postutto è un diritto di ciascuno de' dividendi il cercare di ottenere, con la divisione, quegli oggetti che più gli convengono.

Nulladimeno sogliammo eziandio cote- sta ineguale ripartizione de' beni di varia

natura potersi di per sé non l' essere frodolenta, quantunq. però (è questa sempre la nostra primitiva condizione!) la divisione, si fosse fatta con tanta precipitanza che i creditori del condividente non ebbero il tempo di opporvisi, e qualora avesse avuta ad evidenza per iscopo di somministrare al coerede debitore il mezzo di sottrarre la sua quota ereditaria all' azione de' suoi creditori.

1505. — A quali atti l' art. 882 — 802, come lo spieghiamo, è mai applicabile? La risposta a tal quistione ci sembra semplicissima.

L' art. 882 ha per iscopo di far sì che l' effetto dichiarativo della divisione possa o pur no venire opposto, secondo la distinzione da esso stabilita, a creditori de' condividendi, val dire fare sì che costoro sieno o pur no obbligati, secondo la distinzione medesima, di considerare che l' erede, lor debitore, sia succeduto unicamente ne' beni compresi nella sua quota e che non abbia mai avuto alcun diritto negli altri beni della eredità: sotto questo punto di veduta si ravvisa una intima correlazione fra l' art. 882 e l' art. 883.

Da ciò sorge la conseguenza l' art. 882 applicarsi a tutti gli atti, i quali, a norma dell' art. 883, producono lo effetto dichiarativo della divisione; diciamo a tutti quegli atti, ma del pari a quelli soltanto.

Or bastoso ravviseremo quali atti debbansi considerare, sia come divisioni propriamente dette, sia almeno come equivalenti a divisioni (infra n. 268 e seg.; confr. decis. C. di Parigi 41 genn. 1808, Auneau, Sirey, 1808, II, 132; arresto C. cass. 25 genn. 1809, Gibon, Sirey, 1809, I, 139; decis. C. di Montpellier 19 lug. 1828, Sénégas, Sirey, 1829, II, 53; di Parigi 10 maggio 1834, Ferminy, Dev., 1834, II, 320; 4 feb. 1837, Bureau, Dev., 1838, II, 124; Toullier, t. II, n. 563; Chabot, art. 882, n. 5; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 204).

1506. — In conseguenza di questo principio la licitazione va sottoposta all' applicazione dell' art. 882, quando uno de' coeredi si sia renduto aggiudicatario; mentre non vi va sottoposto, quando l' aggiudicatario sia un estraneo (confr. infra, n. 272; decis. C. di Parigi 2 marzo 1812, Sirey, 1812, II, 432; Chabot, art. 882, n. 5; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 294; Masse e Vergé, t. II, p. 390).

1507. — Sol quando però la divisione sia consumata (art. 882 — 802), i creditori

di un condividente non possono più intervenire o formarvi opposizione; dappoiché per contrario, sino a quando le operazioni perdurino, il loro intervento o la loro opposizione è ricettibile (confr. decis. C. di Riom. 11 feb. 1830, Brousse, Dev., 1830, II, 354; di Agen 11 dic. 1854, Lacase, Dev., 1855, II, 56).

1508. — Ma similmente, quando la divisione sia consumata, val dire definitivamente conclusa e terminata, non possono più ad evidenza intervenire nè opporsi.

E cotesta soluzione è applicabile in caso di parziale divisione del pari che in caso di divisione totale; dovendosi la divisione parziale considerare consumata relativamente agli oggetti rispetto a cui fa cessare la indivisione (confr. il tomo IV, n. 615).

SEZIONE IV.

Degli effetti della divisione e della garanzia delle quote.

SOMMARIO.

1509. — Divisione.

1509. — Volendo attenersi alla espressione del titolo di questa sezione, in cui il legislatore annunzia intendere di trattare *degli effetti della divisione e quindi della garanzia delle quote*, parrebbe la garanzia delle quote non essere di per sé uno degli effetti della divisione.

Ma non è questo però lo intendimento del legislatore (infra, n. 329).

Ciò che semplicemente risulta da tale intitolazione si è doversi trattare nella IV. sezione:

1. Dello effetto generale della divisione, a prescindere da ogni opzione;

2. Dello effetto speciale della divisione o della garanzia delle quote, in caso di molestia ed evizione.

Dunque successivamente disamineremo entrambi tali effetti.

§ 1.

Dello effetto generale della divisione.

SOMMARIO

1510. — La divisione, per diritto romano, consideravasi quale atto traslativo di dominio. — Conseguenza.

1511. — Un principio affatto opposto prevalse nel nostro

antico diritto; e la divisione in Francia si considera dichiarativa. — Conseguenza.

1512. — Origine storica di tal massima

1513. — Continuazione.

1514. — Continuazione. — Come la massima di divisione dichiarativa vada primamente applicata alla divisione in natura.

1515. — Come vada applicata poscia alle licitazioni, quando rendasi aggiudicatario uno de' coeredi.

1516. — Continuazione

1517. — Come la massima della divisione dichiarativa sia finalmente applicata alle divisioni con pareggiamento o ritorno di quote.

1518. — Continuazione

1519. — Continuazione

1520. — La massima della divisione dichiarativa è l'ultimo termine ed il complemento della massima il morto impossessa il vivo.

1521. — I compilatori del Codice Napoleone ritennero le antiche tradizioni nell'art. 883. — Espansione generale.

1522. — Continuazione

1523. — La regola della divisione dichiarativa è applicabile non solo alla divisione delle eredità, ma ancora alla divisione di ogni universalità, qualunque sia la causa della indivisione, ed alla divisione delle cose singolari.

1524. — Divisione.

1510. — Abbiamo già rammentato che, per diritto romano, la divisione, considerata ora come vendita, ora come permuta, era traslativa di dominio (ved. il tomo III, numero 549).

È ben vero il giureconsulto Trebazio sembrare avere avuto il presentimento della dottrina della divisione dichiarativa (L. 31, ff. *de Usu. et Usufr.*)

Ma venne censurato, in tal congiuntura, assai energicamente da Labone il quale esclamò: *ego hoc falsum puto* (h. t.); e di fatti fu massima indubitata, appo i Romani, i condividenti essere reciprocamente gli aventi causa gli uni degli altri.

Da ciò sorge la conseguenza ciascun di essi ricevere i beni compresi nella sua quota a gravati delle ipoteche o altri diritti reali cui potettero venire sottoposti da parte degli altri condividenti durante la indivisione: *jus pignoris creditorum manebit* (confr. L. 6, § 2, ff. *Comm. divid.*; L. 7, § 4, ff. *Quib. mod. pign.*; Inst., § 7; *de Offic. judic.*; *Ulp. fragm.* tit. XIX, § 2; L. 4, *Codice Comm. utr. judic.*; Machelard, *Testi di diritto romano*, 2. parte, § 4).

1511. — Un principio affatto opposto prevalse nella nostra antica giurisprudenza, ed in Francia una delle nostre regole più costanti si è la divisione esser dichiarativa, val dire ciascun de' condividenti reputarsi aver

raccolto direttamente dal defunto gli o getti compresi nella sua quota, e non avere avuto alcun diritto agli oggetti compresi nelle quote de' suoi cocondidenti.

Da ciò sorge la conseguenza ciascuna di essi ricevere i beni compresi nella sua quota, immuni dalle ipoteche o altri diritti reali che potettero, durante la indivisione, stabilirvisi da parte de' suoi cocondidenti.

1512. — Precisamente al feudal reggimento risale la origine di siffatta trasformazione nel giuridico carattere della divisione: essa ebbe dapprima principalmente per iscopo di giustificare, a pro degli atti di divisione, la liberazione dal pagamento de' diritti feudali di laudemio:

Ma se il suo primo avvenimento rannodasi alle materie fiscali, essa non tardò ad introdursi in materia civile: ed eziandio è avvenuto, cosa notabile! che ammessa una volta nel diritto civile, finì, dopo varie vicissitudini, con ottenerci una estensione che la fiscale legislazione, alla volta sua non sempre volle ravvisar e che pure essa le nega ancora oggi (infra, n. 303).

1513. — Forse non ovvi altra epoca, negli annali del nostro diritto, la quale ci mostri il genio de' giureconsulti francesi pugnante con maggior destrezza e perseveranza avverso le pretensioni della feudalità.

A dir vero quando impresero cotesta gran lotta contro di essa, le divisioni andavano già recettate dalla regola, in conformità di cui le alienazioni de' feudi venivano sottoposte ad un livello che il vassallo doveva pagare al signore per prezzo del consenso dato alla mutazione: cotesta eccezione fu pure ritenuta dal testo delle consuetudini (art. 33 cens. di Parigi; di Brotagne, cap. II, art. 6).

I legisti adunque ebbero, su tal punto, a rinvenire la giustificazione del fatto compiuto e fondarlo sopra un principio scientifico (confr. Championnière e Rignaud, *de' Diritti di registro*, t. III, n. 2264; Championnière; *Rivista di legislaz.*, 1837, t. VII, p. 405 e seg.).

Ma rinvenuto una volta il principio, furono loro necessari tempo e sforzi per involgerne le conseguenze; e solo laboriosamente e successivamente riuscirono a farlo trionfare in certa guisa ad una ad una.

1514. — Quindi primamente rispetto alla divisione in natura, cominciando dallo affermare la divisione essere un'alienazione di particolare carattere *contractus mutus*...; es-

sere un'alienazione necessaria, *quia est alienatio necessaria* (D'Argentré, *de Laudimio*, § 53).

Ciò che non era ancor decisivo indubitabilmente, poichè tutte le alienazioni, di qualsiasi natura, volontarie o necessarie, andavano sottoposte al livello feudale.

Laonde bentosto scendevano ad affermare la divisione non costituire del tutto un'alienazione.

Ed ecco come germoglia, in materia fiscale, la primitiva idea, che tantosto va ad divenire la massima francese della divisione dichiarativa.

Di fatti la scorgiamo nel decimosesto secolo inaugurata dalla giurisprudenza in materia civile.

E sembra esservi per la prima volta germogliata su la questione se il represso successorio, il quale esercitavasi avverso ogni alienazione, potesse, esercitarsi in caso di divisione (confr. Chassanée su la cons. di Borgogna, Rub. 10, § 9, n. 19-21).

Ma segnalatamente, in una conferenza nel 1838, in cui più giureconsulti trovavansi riuniti per esaminare qual dovesse essere l'effetto di un sequestro feudale seguito, prima della divisione, su la quota indivisa di uno degli eredi, la novella dottrina fece la sua più decisiva apparizione: Molino dapprima vi si mostrò altamente avverso; ed è singolare udire l'illustre autore narrarci come, dopo averla combattuta in tal conferenza, si affrettò, non ostante la quartana onde trovavasi colpito, *quaranta et autumnali febre laborans*, d'inscrivere, nel suo *Comentario su la consuetudine di Parigi*, di cui allora emendava le prove, una energica protesta avverso la novella dottrina (*Tit. de' feudi*, § 1, Gloss. 9, n. 43 e seg.).

Ma la resistenza di Molino non ebbe altro risultamento se non quello di protrarre la pagna nel decimosesto secolo, sino al momento in cui parecchi memorabili giudicati degli 8 genn. 1569; 20 lug. 1574, 15 mag. 1584 e 2 ag. 1595 statuirono finalmente le ipoteche ed altri diritti reali costituiti, durante la indivisione, da uno degli eredi, non sussistere, dopo la divisione, sui beni compresi nelle quote de' suoi coeredi.

Sin da tale epoca, il carattere dichiarativo della divisione in natura venne irrevocabilmente determinato nel nostro diritto. È ben vero essersi introdotta più lentamente e difficilmente nelle provincie di diritto scritto, le

quali seguitavano la dottrina romana, che nelle provincie consuetudinarie (confr. Henr.ys, libro VI, cap. V, quist. XXXVII, t. III, p. 849; Tillard, degli *Atti di scioglimento di comunione*, ec.); ma finì col generalizzarsi in tutto il regno: quindi venne da allora parimente ammessa dovunque nella legislazione civile e nella legislazione fiscale (confr. Leggi de' 22 glaciaie anno VII, art. 68, § 3 - 2, 28 apr. 1846, art. 45 - 3.)

4515. — Al certo non mancano valide ragioni per giustificare cotesta massima relativamente alla divisione in natura. La divisione, in cui trovansi i coeredi, va di fatti necessariamente sottoposta alla condizione della divisione: conseguentemente ciascun di essi può considerarsi come proprietario sotto condizione sospensiva di quei beni della massa ereditaria compresi nella sua quota, e come proprietario soltanto sotto condizione risolutiva de' beni compresi nelle quote de' suoi coeredi; e lo effetto retroattivo della condizione arreca che è quindi logicamente ciascuno di essi reputarsi essere stato sempre proprietario de' beni spettatigli e non essere stato mai proprietario de' beni spettati a' suoi coeredi (art. 1179, 1182, 1183 — 4132, 1135, 1136; confr. Lonet, *Rac. di giudicati*, H. XI, n. 2; ved. pure infra, n. 464.).

Val dire, in altri termini, lo effetto della divisione essere il *res. rev. rimer.* il diritto di ciascun de' coeredi anziché *accreterlo*; essere *stretti* iro anziché *investitivo*; e finalmente ciascuno di essi conservare, dopo la divisione, la sua porzione ereditaria non *jure accrescendi*, ma *jure non decrescendi*, come conserverebbe la intera eredità dopo la rinunzia de' suoi coeredi (ved. il tomo III, n. 45; confr. Hervé, *de la M-terie feudali*, t. III; p. 41.)

Altronde tal carattere e tale effetto sono affatto unisoni allo stesso intendimento delle parti, le quali proporgonsi, nella divisione, non certamente di acquistare la porzione de' loro coeredi, ma unicamente conservare la propria porzione.

Questa spiegazione è al certo sommamente soddisfacente per la divisione in natura, il cui risulamento si è determinare di fatti, per ciascun de' coeredi, la porzione de' beni, che debbe rimanergli definitivamente nella massa divisibile.

Ma come mai applicarla alla vendita all'incanto a quale ha per risulamento lo attribuire, mediante un prezzo, ad uno de' condi-

videnti la totalità di un oggetto, in cui aveva diritto ad una parte soltanto?

La vendita all'incanto in sé stessa e nella veracità del fatto, è una vendita e quello fra coeredi, cui la cosa venga aggiudicata in totalità, non debbe quindi considerarsi come compratore da parte de' suoi coeredi?

Ecco effettivamente la tesi che si sosteneva, eziandio dopo il trionfo della teoria della divisione dichiarativa relativamente alla divisione in natura: quindi, ancora nel decimo sesto secolo, il coerede aggiudicatario andava sottoposto a' livelli feudali; e lo effetto dichiarativo della vendita allo incanto neppure veniva ammesso nella civile giurisprudenza.

Ma nulladimeno forse la vendita allo incanto non è di per sé una necessaria alienazione, come la divisione? non è forse un mezzo necessario dell'a stessa divisione, quando trattisi di cose che non possono dividersi?

Tanto fa osservare Molino: *il n assignatio*, egli diceva, *ne p t et depend t a causa necessaria divisionis* (loc. supra cit.).

È ben vero concedersi primamente da lui che se fossero stati gli estranei ammessi a licitare, lo stesso erede, rendutosi aggiudicatario, doveva pagare i livelli feudali (su la Cons. di Parigi, tit. *de feudi*, § 33, glos. 1, n. 73); ma egli finì con abbandonare siffatta distinzione, statuendo, poco montare che *extraneus licitator* fosse stato ammesso, tostochè non si fosse di fatti renduto aggiudicatario, *qu a virtus fuit et reputus*, e quindi in nessun caso i diritti feudali andavano dovuti dal coerede aggiudicatario (su la Cons. di Parigi, tit. *de Livelli*, § 78, n. 157).

Cotesta dottrina, molto più logica, era di fatti prevalsa: e venne pure nel 1580, nel tempo della riforma della Consuetudine di Parigi, sancita nel seguente modo con l'articolo 80:

« Se il fondo non possa dividersi fra coeredi, e si liciti giudizialmente senza frode, non sono dovuti censi per l'aggiudicazione fatta ad un di essi; ma se venga aggiudicato ad un estraneo, il compratore deve il censo ».

Ma questa medesima disposizione doveva dar luogo a novelle contese: di fatti i feudatarii attinsero, per così dire, in ciascuno de' suoi termini, novelle pretensioni.

Se il fondo non possa dividersi: dunque, essi dicono, l'articolo si applica unicamente al caso in cui trattisi di un oggetto affatto indivisibile.

Fra coeredi: dunque non si applica fra socii ed altri condomini indivisi.

Si fitti più inizialmente: dunque non applicasi alla licitazione avanti notaio.

Nonimeno siffatti mezzi, i quali disconoscevano il più manifesto spirito della legge, per attenersi alla sua lettera, non sortirono prospero successo: e tutto l'opposto! la giurisprudenza, di accordo con la dottrina, statui il principio formato con l'art. 80 della Consuetudine di Parigi essere applicabile agli oggetti che non possono dividersi senza inconveniente del pari che agli oggetti indivisibili; a socii o altri condomini del pari che a coeredi; — finalmente allo vendite avanti notaio del pari che alle licitazioni giudiziali (confr. Merlin, *Rep. v. Licitazione*, § 4);

1546. — Ecco adunque del pari, sin dal decimosesto secolo, lo effetto della vendita allo incanto assimigliato all'effetto dichiarativo della divisione, relativamente a diritti feudali: dappoiché il su riferito articolo della Consuetudine di Parigi parlava, come si è osservato, unicamente de' diritti di laudemio.

Cotesta assimilazione, ammessa una volta nella legislazione fiscale, non poteva non introdursi parimente nella legislazione civile.

Nondimeno è da notare essersi fatta ammettere sol dopo molte resistenze; e ciò che non è men degno di osservazione si è che una volta riusciti, ottenne e conservò sempre nelle materie civili un trionfo più compiuto che nelle materie fiscali!

Ma diciamo essere stato laborioso il suo avvenimento nel la legislazione civile; e, per addurne qui un esempio, rammenteremo, secondo la espressione di Lebrun, la famosa questione se la vendita di un immobile della eredità forma un fondo particolare per lo intero, nella persona dell'erede aggiudicatario, o soltanto per la parte che gli compete durante la indivisione. Questa ultima opinione veniva sostenuta da Ferrière nel decimo settimo secolo (su l'art. 326 della Cons. di Parigi) e da Henusson, nel principio del decimottavo secolo (*Trattato de' beni particolari* cap. 1, sez. V, n. 7 e seg.) Lo stesso Lebrun, il quale propugna la opposta opinione, dimostra, per lo stesso modo di propagnarla, esponendo le ragioni pro e contra, al tempo suo la contesa non essere ancor terminata. Le ragioni da lui addotte, per dimostrare la vendita dover formare beni particolari per l'intero, erano nondimeno decisive: la vendita

allo incanto egli diceva, forma con la divisione una cosa sola ed uno stesso contratto; essa è un accessorio ed una dipendenza della divisione; ed i coeredi, licitando, hanno ad evidenza la intenzione di dividere.

Quindi la giurisprudenza finì col formarsi nel senso di tale interpretazione con parecchi giudicati de' 9 marzo 1722, 3 marzo 1743 e 20 giugno 1761 (confr. Lebrun ed Espiard, suo annotatore, lib. IV, cap. 1, n. 35; agg. Pothier, *Trattato de' Feudi*, part. I, cap. V, § 3; e *Trattato della Vendita*, n. 639, 640; Championnière, *Rivista di Legislazione*, 1838, t. VIII, p. 461 e seg.)

E poscia che mai avvenne? lo effetto dichiarativo della vendita allo incanto passato a stento dalla legislazione fiscale nella legislazione civile, non ebbe nel tratto successivo tanto impero nelle materie fiscali quanto nelle materie civili: quindi ancora oggidì la legge del 22 ginciale anno VII sottopone al diritto proporzionale le parti e porzioni di beni indivisi acquistati per licitazione (art. 69 § 3, n. 6, e § 7, n. 4; infra, n. 303).

1547. — La stessa sorte ebbe il pareggiamento o compensamento di quote.

Considerati, a similitudine della vendita come il prezzo di una vendita, vecevero, sino al principio del decimo sesto secolo, sottoposti a diritti feudali (confr. Henrion de Pansey, *Aut. Rep. v. Livello*; Championnière e Rignaud, t. III, n. 2571).

Ed è forza convenire cotesta dottrina dover sembrare abbastanza plausibile, segnatamente in quella epoca in cui il fondamento della massima della divisione dichiarativa non trovavasi ancor bene stabilito.

In vero in che mai consisto il pareggiamento o compensamento di quote?

Consiste nel prezzo, mercè di cui un de' coeredi paga, col proprio danaro, la porzione de' beni ereditarii, la quale, nella sua quota, eccede la parte che doveva soltanto spettargli: tale eccedenza, cui non aveva diritto, come erede, a qual titolo si acquista da lui se non come compratore? e quindi i suoi coeredi, i quali hanno in meno, nella loro parte de' beni ereditarii, ciò che ha in più nella sua, non reputansi forse venditori sino alla concorrenza di tale differenza?

1548. — Oh! senza dubbio, diversamento avviene, quando gli stessi beni della eredità, trovansi inegualmente ripartiti, per la loro diversa natura, fra gli eredi, se altronde ciascuno degli eredi abbia tutta la sua parte e

niente altro che la sua parte ne' beni ereditari.

A cagion d'esempio, un di essi, avendo ricevuto una porzione degli immobili maggior di quella che doveva spettargli, ha ricevuto, in compensamento, una porzione più tenue ne' mobili; e, reciprocamente, chi ricevette nell'immobili una parte minor di quella cui aveva diritto, ha ricevuto, ne' mobili, una parte maggior di quella che avrebbe dovuto spettargli, se i mobili e gli immobili si fossero ripartiti, in egual proporzione, fra le due quote.

Ebbene! in ciò non si rinviene e non si è mai rinvenuto se non una divisione ordinaria in natura: dappoiché se è so fu sempre voto del legislatore i beni mobili ed immobili della eredità trovarsi, per quanto è possibile, ripartiti in proporzione eguaglianza, in ciascuna delle quote, è questo semplicemente un voto, il quale non è e non poteva essere imperativo, ed il quale non impedisce al certo che la stessa ripartizione più ineguale, fattane, come quella, per esempio, in quale attribuisse tutti i mobili ad uno e tutti gli immobili all'altro, abbia il carattere di una pura divisione senza la minima idea di pareggiamento, se finalmente ciascun de' coeredi abbia ricevuto, sia in mobili, sia in immobili della eredità, la sola porzione ereditaria, nè più nè meno, cui aveva diritto.

« La massa da dividere, dicono benissimo Champagnière e Rignaud, prendesi in considerazione relativamente al suo valore; le quote debbono considerarsi sotto lo stesso rapporto e reputarsi eguali, se i valori sieno eguali, qualunque sia altronde la natura de' beni che le compongono » (loc. supra, cit., n. 2675, 2676).

Quindi malissimo applicherebbesi la denominazione di *pareggiamento* a siffatte combinazioni (confr. Poquet de Livonnières, lib. III, cap. IV, sez. VI; *Dizionario de' le proprietà*, v. *Divisione*; Champagnière e Rignaud, loc. supra cit., n. 2679 - 2681).

Dunque ciò che essenzialmente costituisce il pareggiamento si è consistere nel prezzo pagato da uno de' dividendi, col proprio danaro, di ciò che, nella porzione attribuitagli de' beni ereditari, ecceda la porzione che doveva spettargli.

1549. — Ma in questo ultimo caso, e quando siavi effettivamente pareggiamento e compensamento di quote, ben si comprende, diciamo, il pareggiamento essersi in origine considerato come prezzo di vendita.

Nondimeno i feudatarii perdettero anzi tutto, verso la metà del decimo sesto secolo, i lor diritti feudali su' pareggiamenti; e la civile legislazione neppure indugiò a stabilire una compiuta assimilazione fra la divisione con pareggiamento o compensamento di quote e la divisione ordinaria, statuendo entrambe essere egualmente dichiarative (confr. Lebrun, lib. IV, cap. 4, n. 35; Pothier, *Treatato de' Feudi*, part. I, cap. II, art. 18; *della Vendita*, n. 630).

Per coloro i quali fondarono la teorica della divisione dichiarativa, con tutte le sue conseguenze, su la causa la divisione essere un'alienazione accessoria, l'assimilazione tornava al certo razionale, rispetto al pareggiamento del pari che rispetto alla licitazione; dappoiché i pareggiamenti, del pari che la vendita allo incanto, possono essere e sono di fatti spessissimo un mezzo necessario o almeno utilissimo ne' metodi delle divisioni (ved. il t. III, n. 675).

Ma noi ravvisammo onesta base essere ben lungi dal tornare soddisfacente, e nella maggior parte i nostri antichi giureconsulti avevano anzi abbandonato per sostenere, in modo più radicale, la divisione non racchiudere alcuna alienazione: or, è forza convenirne, per essi, l'assimilazione del pareggiamento o compensamento di quote alla divisione in natura addiveniva molto più malagevole a giustificare!

Laonde, che mai avvenne, quando il diritto del centesimo danaro venne stabilito con l'editto di dicembre 1703? avvenne che i pareggiamenti o compensamenti di quote, i quali avevano cessato nella maggior parte delle circostanze, dal divenire immuni da' diritti di lode, furono sottoposti a novella imposizione verso il regio fisco; e ciò, dice, con sommo fondamento il presidente Niclas Gaillard, « molto meno per una naturale differenza tra le due cose che per la ragione lo stesso regio fisco formare la sua condizione e non rinvenire ne' giureconsulti quegli accorrimenti avversarii, i quali non averan cessato di battere in breccia i diritti feudali e la stessa feudalità a pro sommo della regia potestà. » (Rivista critica di legislaz., 1855, t. V. I, pag. 500).

La fiscale legislazione non si è da allora dipartita da cotesto dato: quando un diritto proporzionale surrogò il centesimo danaro, i pareggiamenti proseguirono a considerarsi come il prezzo di una mutazione; e quindi,

anche oggi, dan luogo alla perfezione del diritto di vendita, in conformità della legge del 22 dicembre anno VII (art. 68, § 3, n. 2, art. 69, § 5, n. 6).

Ed ecco come, per la seconda volta, la teorica della divisione dichiarativa, dopo esser passata dalla legislazione fiscale nella legislazione civile, ottenne in questa più ampiezza ed energia che in quella stessa in cui dapprima formossi.

1520. — Altronde abbiamo già osservato la massima francese della divisione dichiarativa trovarsi in perfetta armonia con l'altra massima del pari affatto francese il morto imposablesse il vivo; talchè l'una debbesi riguardare, secondo la espressione del nostro dotto collega de Valroger, come l'ultimo termine ed il compimento dell'altra (ved. il tomo I, n. 437).

« Cotesto effetto retroattivo, diceva Lohr, poggia su la nostra regola: il morto imposablesse il vivo: e nessuno può dubitare che quando venne stabilita la massima medesima non abbiasi inteso che il più prossimo erede venisse imposablesso, dal giorno della morte. di tutto ciò che dovesse conseguire per effetto della divisione sotto le condizioni imposte dalla stessa divisione. » (Lib. IV, cap. 4, n. 36).

1521. — Tali sono le storiche tradizioni di questo subbietto.

Precisamente in tale stato di cose i compilatori del nostro Codice il rinvennero, quando essi medesimi sancirono la massima della divisione dichiarativa, con l'art. 883—803, il quale è così conceputo:

« Ogni erede è reputato solo ed immediato e successore in tutti gl'effetti componenti la sua quota; a lui pervenuti come maggiore e effidente, e che non abbia giammai avuta la proprietà degli altri effetti ereditarii. »

Val dire che l'effetto della divisione non ebbe luogo *ut ex nunc*, come dal giorno della divisione, ma per contrario *ut ex tunc*, come dal giorno dell'apertura della successione; eho conseguentemente retroagisce sino a questo giorno; e che in somma è dichiarativo, o come diceva Pothier puramente determinativo e dimostrativo della parte di ciascuno de' coeredi.

Si suole generalmente insegnare essere la divisione di sua natura traslativa, attributiva; e quindi la regola francese della divisione dichiarativa poggiare sopra una finzione, come dimostrano, dicesi, gli stessi termini

dell'art. 883, che la ritiene: ogni coerede è reputato, ec.

Abbiamo già affermato cotesta tesi sembrarci troppo assoluta, o la divisione essere, a credere nostro, una operazione sui generis, di misto carattere, che potevasi nel tempo stesso considerare, sotto alcuni rapporti, come traslativa e dichiarativa (ved. il tomo III, n. 549).

È incontrastabile rinvenirsi nella divisione un determinato carattere di alienazione: come mai sarebbe possibile spiegare diversamente la garanzia ed il privilegio che ne emergono? (art. 884, 2403—804, 1972).

Ma è parimente vero lo ammettere il carattere della divisione comportare benissimo, sotto alcuni rapporti, lo effetto dichiarativo, aver potuto conseguentemente la legge annodarvi lo effetto medesimo, senza violentare la natura delle cose; e la finzione in somma, nella misura in cui puossi dire di esistere, nulla offre che possa venire assai convenientemente spiegato e giustificato.

Di fatti nessuno può trasferire altrui diritti maggiori di quelli che ha; e specialmente i creditori particolari di ciascuno de' coeredi non potrebbero pretendere avere, durante la indivisione, diritti diversi da quelli degli eredi, loro debitori, di cui sono gli aventi causa.

Or, ciascun de' coeredi, durante la indivisione, non è proprietario *incommutabilis*, come affermava con sommo fondamento Lohr (Rac. di decisioni, H. XI, n. 2): è proprietario a condizione di porre in comune, di formare una massa e dividere... *cum onere divisionis* (art. 845—734); ciascun di essi proprietario della sua parte sotto condizione sospensiva non è proprietario della parte degli altri che sotto condizione risolutiva; e lo effetto della divisione, avverando questa duplice condizione, produce naturalmente, a norma dell'art. 4179—1132, questa duplice retroattività in senso inverso: da un lato ciascun di essi reputarsi essere sempre stato solo proprietario della sua parte, per effetto dello avveramento della condizione sospensiva (art. 4182—1133); e d'altro lato reputarsi non essere mai stato proprietario da parte de' suoi coeredi, per effetto dello avveramento della condizione risolutiva (art. 1183—1136);

Dunque i particolari creditori di ciascun de' coeredi non possono dimandare alcun diritto, da parte del loro debitore, su be-

ni compresi nella quota de' suoi coeredi; dapponchè l'erede, di cui sono gli aventi causa, reputasi in avveire non avervi egli stesso giammai avuto alcun diritto (articolo 2125 — 2041, *supra*, n. 258).

Precisamente in tal senso Pothier scriveva, con somma ragione, la divisione non essere un novello acquisto; essere l'esercizio del titolo anteriore in cui la cosa era spettata a ciascuno de' coeredi (*Trattato de' Feudi*, part. I, cap. V, § 3; agg. Lonet, *Rac. di decisi*, H. XI, n. 2).

E Molino aveva già osservato, nello stesso senso, la divisione essere la consolidazione della parte cui ciascuno aveva un diritto anteriore e preesistente (su l'articolo 33 della *Cons. di Parigi*, glos. 4, n. 70).

Non dimeno cotesta spiegazione, ineluttabile relativamente alla divisione ordinaria, la quale ripartisce gli stessi beni in natura nelle varie quote, non ha al certo la stessa forza relativamente alla vendita allo incanto ed a' pareggiamenti; e di fatti osservammo la fiscale legislazione stabilirvi grave differenza (*supra*, numero 261): quindi è mestieri convenire la finzione rappresentare di fatti una parte maggiore nella regola della divisione dichiarativa, applicandosi alla vendita all'incanto ed a' pareggiamenti; e torna incontrastabile che, applicando eziandio l'effetto dichiarativo a' siffatti due modi di divisione, il legislatore si è più preoccupato del risultato che voleva ottenere che di conoscere se la causa, cui il dimandava, fosse logicamente suscettiva di produrlo; e che ha, in questi ultimi casi, fatto prevalere alla veracità del fatto, l'alto favore che meritano gli atti di divisione, e le considerazioni di pratica utilità e di equità che giustificano al tronde, nel massimo grado, l'effetto dichiarativo annessovi.

1522. — La ragione si è che effettivamente il favore dovuto alle divisioni è immensurabile e pure ben gravi sono le considerazioni di pratica utilità e di equità su cui poggia la nostra regola della divisione dichiarativa.

1. È manifesto esser desso il mezzo più logico, o piuttosto anche il solo mezzo di raggiungere lo scopo essenziale della divisione, cioè far cessare la indivisione. In vero la indivisione non può cessare effettivamente se non quando, dopo la divisione, ciascuno de' coindividenti avrà, di per sé solo ed esclusivamente, come è suo diritto, tutta la parte che dee spettargli: or ad evidenza non l'a-

vrebbe, se la parte medesima rimanesse ancora, eziandio dopo la divisione, gravata presso di lui di un diritto qualunque del lato de' suoi antichi condomini! o cotesto risulterebbe sarebbe tanto più ingiusto in quanto che torna impossibile il fatto di uno de' coeredi o la sua inoppellata posizione render più grave la condizione de' coeredi!

2. Sotto altro punto di veduta, lo effetto dichiarativo della divisione è ancora la indispensabile condizione della eguaglianza che debbe dominarvi. Abbiamo osservato che, quando uno de' coeredi, debitore verso la massa, non faccia in natura la collazione cui è tenuto, i suoi coeredi han diritto di esercitare, su la massa divisibile, eziandio rimpetto a' suoi particolari, creditori, prelevamenti sino alla concorrenza delle somme, di cui il loro coerede è debitore verso la eredità (ved. il tomo IV, n. 464): or è manifesto aver costui un mezzo facilissimo di arrecare offesa a cotesto diritto sì prezioso de' prelevamenti, competente a' suoi coindividenti, se potesse gravare la massa indivisa, a pro de' suoi particolari creditori, di diritti reali, che la divisione ed i prelevamenti, i quali ne formano parte, tornerebbero impossenti a cancellare: dunque lo effetto dichiarativo della divisione è la sanzione necessaria della eguaglianza, cotanto essenziale a serbare frai coindividenti.

3. Da ultimo, sotto altro punto di veduta ancora ed il quale non è meno elevato, la regola de la divisione dichiarativa ci sembra la benefica egida della sicurezza de' diritti dei coindividenti, ed anche per tal circostanza, della pace delle famiglie e della buona armonia della società! avvanchè se le ipoteche o altri pesi imposti, durante la indivisione, su' beni ereditari da parte di uno dei coeredi, avessero continuato, eziandio dopo la divisione, a gravare come affermava Lebrun, *le quote de' coere* i (loc. *supra*, num. 24), avrebbersi, come aveva fatto la legge romana, aperto una fonte inesauribile di molestie ed evizioni, e conseguentemente eziandio per necessità di regressi ed azioni di garanzia, cioè in ultima analisi una fonte di controversie o giudizi.

1523. — La regola della divisione dichiarativa trovasi qui fermata, con l'art. 883, avendo in mira la divisione di non eredità.

Ma non bisogna esitare, a creder nostro, ad applicarla altresì:

Sia alla divisione di ogni universalità,

qualunque sia la causa della indivisione ;
Sia alla divisione delle cose singolari ed individualmente considerate.

Era questa l'antica dottrina. Loysel insegnava: « Per divisione; vendita ed aggiudicazione fra coeredi o contitendenti non è dovuto laudemio. » Inst. cons., lib. IV, tit. II, regola XIII, n. 542, ediz. Dupin e Laboulaye; confr. Molinéo, *de Feudi*, § 33. glos. 1. n. 69; Pothier, *della Vendita*, n. 630, 634).

Ed i testi medesimi del nostro Codice dichiararono non aver voluto dipartirsene. Quindi, relativamente alla divisione della comunione coniugale, l'art. 1476 rimanda a tutte le regole stabilite nel titolo delle successioni, segnatamente circa gli effetti della divisione; e comunque il rimando fatto con l'art. 1872 — 1744 al titolo delle accessioni, relativamente alle divisioni fra socii, possa sembrare meno esplicito, e manifesto lo intendimento del legislatore essere lo stesso in entrambi i casi; dappoichè non vi si potrebbe scorgere alcun motivo di differenza, ved. pure l'art. 2109 — 1995).

È ben vero che, relativamente alla divisione di cose singolari, potrebbesi forse affermare la regola della divisione dichiarativa essere meno necessaria, atteso la maggior semplicità della operazione, la quale non è mai tanto complicata quanto la divisione di una universalità.

Ma primieramente l'art. 1408 ci sembra dimostrare il nostro Codice avere su tal punto assimigliato la divisione di una cosa singolare alla divisione di una universalità: soggiungiamo che, se le regole della divisione da esso stabilite nel titolo delle successioni, non fossero applicabili alla divisione delle cose singolari, mancherebbero assolutamente regole per queste specie di divisioni; dappoichè il legislatore non ne ha trattato in alcun luogo altronde in modo speciale; e quindi debbesi necessariamente considerare avere inteso sottoporle alle regole da lui stabilite per le divisioni in generale; ed al postutto forse non importa, in tutti i casi, non lasciare, dopo la divisione, i condomini esposti ad evizioni generanti fra essi azioni di regresso? or cotesto motivo, il quale è uno di quelli su cui principalmente poggia l'art. 883, si applica a tutte le divisioni indistintamente (confr. il tomo III, n. 472; arresti C. cass. 27 lug. 1849, l' *Amm. del registro*, Sirey, 1820, I, 105; 40 apr. 1824, l' *amm. del registro*, Sirey, 1825, I, 97; 48

apr. 1829, Mermet, Dev., 1830, I, 339; 28, apr. 1840, Paté des Ormes, Dev., 1840, I, 821, decia. C. di Lione 14 feb. 1853, Louis, Dev., 1853, II, 381; arresto C. cass. 29 marzo 1854, Chabrier, Dev., 1856, I, 49; Duranton, t. VII, n. 522; Marcadé art. 883, n. 2; Demante, t. III, n. 225 bis, 1).

4524. — Cotesta storica e filosofica esposizione della regola, sancita dall'art. 883, ci sembra essere, in siffatta materia, l'esordio in certa guisa indispensabile: ci faremo ora a disaminarla in sé stessa, in più speciale modo, ed all'uopo successivamente investigheremo:

- I. A quali atti la regola della divisione dichiarativa sia applicabile;
- II. A quali cose;
- III. A quali persone;
- IV. Quali ne sieno gli effetti.

I.

A quali atti la regola della divisione dichiarativa è mai applicabile?

SOMMARIO

1385. — Il principio su tal punto è l'art. 883 essere applicabile alla divisione, alla vendita all'incanto, e ad ogni suo equipollente alla divisione o vendita all'incanto. — Spiegazione.
1386. — Della divisione in natura.
1387. — Della divisione con pareggiamento o compensazione di quote.
1387. bis. — Op'prelevamenti
1388. — Della vendita allo incanto
- 1388 bis. — Continuazione
1389. — Continuazione. — È rilevante distinguere il caso in cui l'aggiudicazione abbia luogo a pro di uno de' coeredi dal caso lo cui rendesi aggiudicatario un estraneo. — In questo ultimo caso la licitazione ha il carattere e gli effetti di vendita.
1390. — È uopo forse altresì inferirsi ciascuno de' coeredi doverli considerare, rispetto al terzo aggiudicatario, qual venditore per la sua parte?
1391. — I particolari creditori de' coeredi i quali acquistano, da parte del loro debitore, durante la indivisione, ipoteche su lo immobile licitato, possono forse utilizzare al terzo aggiudicatario di pagare o lasciare o sperimentare sotto di lui maggiore offerta?
1392. — Non debbesi considerare fatta a pro di un estraneo l'aggiudicazione dietro licitazione a pro di uno de' coeredi che abbia accettato col beneficio dello inventario.
1393. — Non è necessario, per divenire applicabile l'art. 883 che tutti i beni vengano divisi; e lo stesso dichiarativo emerge dalla parziale divisione così computamente come dalla totale divisione.
1394. — Similmente, in senso inverso, lo effetto dichiarativo

vo emergerebbe dalla divisione unica di più eredità riunite in una sola massa.

1535. — E dopo applicare l'art. 883 ad ogni atto il quale equivalga alla divisione o alla vendita allo incanto. — Della vendita di un oggetto ereditario fatta amichevolmente da tutti i coeredi ad uno fra essi.

1536. — Della cessione di diritti ereditari fatta ad uno dei coeredi da tutti i suoi coeredi; e più generalmente di ogni convenzione similante, per effetto di cui cesserebbe la indivisione, in modo assoluto, fra tutti i coeredi.

1537. — *Quid* della cessione fatta ad uno de' coeredi da tutti i suoi coeredi a rischio o pericolo del cessionario?

1538. — Continuazione.

1539. — Non vi sono forse alcuni atti cui l'art. 883 non dovrebbe applicarsi, ancorchè facessero interamente cessare la indivisione fra tutti i coeredi?

1540. — Continuazione. — Della Donazione ebb' uno de' coeredi faccia de' suoi diritti ereditari al suo coerede.

1541. — Non sono forse alcuni atti cui dovrebbe applicarsi l'effetto dichiarativo della divisione, ancorchè non facessero interamente cessare la indivisione fra coeredi?

1542. — Continuazione.

1543. — Continuazione.

1543 bis. — Continuazione.

1544. — Continuazione.

1545. — Qual sarà mai l'effetto della divisione da intervenire, sia fra il cessionario o cessionari di uno de' coeredi e gli altri coeredi, sia fra tutti i coeredi cessionari di uno de' loro coeredi, sia fra quei coeredi che si saranno renduti aggiudicatari dietro licitazione?

1546. — *Quid*, se chi diviene cessionario di uno de' coeredi sia un terzo estraneo alla eredità? L'art. 883 sarà forse applicabile alla divisione o alla vendita allo incanto da seguire fra questo terzo cessionario e gli altri coeredi?

1547. — Continuazione. — E uopo forse, all'obbligato, distinguere lo materia civile dalle materia fiscali?

1525. — Il principio, su questo primo punto, ci sembra essere l'art. 883 — 803 tornare applicabile:

Alla divisione;

Alla vendita allo incanto;

E conseguentemente ad ogni atto equipollente alla divisione o alla vendita allo incanto, val dire ad ogni atto che faccia cessare la indivisione, in modo assoluto, fra tutti i coeredi, sia relativamente alla stessa universalità ereditaria, in tutto o in parte, sia relativamente ad uno o più oggetti di cotesta universalità.

1526. — È naturalissimo l'art. 883 applicarsi alla divisione ordinaria in natura!

E neppure è da distinguere se i mobili e gli immobili della eredità si trovino ripartiti, con proporzionale eguaglianza, nelle varie quote, ovvero se per contrario una delle quote comprenda più mobili o immobili dell'al-

tra, nè se una delle quote comprenda tutti i mobili soltanto, e l'altra soltanto tutti gli immobili (confr. *supra*, n. 621, ed *infra*, 347).

1527. — Viemaggiormente! L'art. 883 si applica alla divisione con pareggiamento o compensamento di quote, val dire nello stesso caso in cui uno de' coeredi consegua beni ereditari per un valore eccedente la porzione che doveva spettargli in tali beni, a condizione di pagarsi da lui, col proprio danaro, un supplemento a' suoi coeredi.

Era questa, come ravvisammo, la dottrina ammessa nell'ultimo stato del nostro antico diritto (*supra*, n. 260 - 262).

E crediamo essere mestieri ancora oggi considerarla indubitata, non ostante la confutazione onde fu l'obbietto da parte del professore Rodière (confr. *Rivista di legisla.* 1852, p. 309).

In vero da un lato torna manifesto l'art. 883 riferirsi alla divisione come i precedenti articoli permettono di fare a' coeredi: or l'art. 833 — 752 positivamente permette la divisione con pareggiamento o compensamento di quote;

D'altro lato l'art. 883 espressamente assomiglia la vendita allo incanto alla divisione: or, a dir vero, il pareggiamento o compensamento di quote, che altro mai è se non una specie di vendita amichevole; e come mai comprenderebbersi il legislatore aver fatto, fra due operazioni sì perfettamente similanti, cotale differenza! quindi niente di tutto ciò accade; e la espressione adoperata nell'art. 1408 col mezzo di licitazione o ALTREMENTI ne costituiscono la prova testuale (confr. Championnière, *Rivista di legisla.*, 1837, t. VII, p. 436).

E comunque il pareggiamento si faccia d'ordinario in rendita o in contante (art. 833), non iscorgiamo che mai impedirebbe di farsi in altra guisa, per esempio, mercè altra cosa corporale, mobile o immobile, che il coerede debitore del pareggiamento trasmettesse a' suoi coeredi.

Del pari che converrebbe altresì, a ceder nostro, considerare come pareggiamento l'obbligo imposto ad uno de' coeredi, il quale avesse nella sua quota maggiori beni in natura, di pagare, ne' debiti della eredità, la parte spettante ai suoi coeredi o a qualcuno fra essi (ved. il tomo III, n. 675).

1527 bis. — Torna pure indubitato l'art. 883 applicarsi a' prelevamenti che i coeredi

hanno, in alcuni casi, il diritto di esercitare sui beni ereditarii, e che costituiscono eziandio, come i pareggiamenti o compensamenti di quote, uno de' mezzi stabiliti dalla stessa legge per formare la divisione (art. 829, 830 — 748 e 749; *confr. supra*, n. 265, ed il tomo IV, n. 464).

1528. — La vendita allo incanto va assimi- gliata alla divisione dallo stesso testo dell' art. 883; ed osservammo di fatti esser tale già da lungo tempo la dottrina francese (*supra*, n. 258, 259).

È ben vero il progetto della Commissione del Governo nell' anno VIII non far menzione della vendita allo incanto (*confr. art. 204 — 494; Fenet, t. II, p. 457*).

Ma indubitabilmente era questa una mera omissione dappoi riparata senza difficoltà.

E siccome ne' termini più assoluti l' art. 883 colloca la vendita all' incanto allo stesso livello della divisione, relativamente al suo effetto dichiarativo, non debbesi distinguere se siasi fatta giudizialmente o amichevolmente avanti notaio; del pari che non evi luogo ad investigare se la cosa fosse o pur no divisibile comodamente e senza perdita: basta che nessuno de' cocondiventi abbia potuto o voluto prenderla (*arg. dagli art. 1408 e 1686 — 4532*).

La opposta dottrina, comunque insegnata da Toullier (t. II, n. 563), ci sembra assolutamente inaccettabile.

1528 bis. — Anzi opiniamo diversi statuire appunto dopo l' aggiudicazione la licitazione produrre, relativamente alla cosa esposta in vendita, lo effetto dichiarativo attribuitole dall' art. 883; doppochè l' articolo medesimo non subordina menomamente tale effetto alla condizione trovarsi la liquidazione generale già fatta, e gli altri beni ereditarii trovarsi divisi nel tempo stesso.

Nondimeno la corte di Nîmes giudicò l' aggiudicazione dietro licitazione a pro di uno de' coeredi avere il carattere di vendita e non di divisione, quando la licitazione medesima ebbe luogo soltanto per preparare la divisione ed agevolarla, ad obbietto, per esempio, di procacciarsi il mezzo di pagare i debiti (decis. 5 mag. 1855, Julian, D., 1855, II, 163); e si potrebbero eziandio invocare, in sostegno di questa dottrina, i molti tipici arresti della Corte di cassazione, onde viene statuito l' aggiudicazione dietro licitazione di una cosa indivisa, fatta a pro di uno de' coeredi eziandio per un prezzo infe-

riore a' suoi diritti nel complesso de' beni esposti in vendita, dar luogo, se non venga esibito un atto di divisione, ad un diritto di pareggiamento per tutto ciò che ecceda la parte di cotesto aggiudicatario nella cosa esposta in vendita presa isolatamente (*confr. infra*, n. 303).

Ma cotesta dottrina ci sembra ricalcitante allo stesso testo dell' art. 883, il quale, senza nessuna delle distinzioni che si volessero introdurre, statuisce in modo assoluto ciascun coerede reputarsi esser succeduto solo ed immediatamente in tutti gli effetti spettatigli dietro licitazione.

Dunque di fatti nostra conclusione sarebbe l' art. 883 essere applicabile alla vendita allo incanto in tutti i casi ed immediatamente dopo l' aggiudicazione (*confr. Dutruc, numero 39*).

1529. — Nondimeno evi una distinzione sempre fatta nel nostro antico diritto.

Intendiamo parlare della differenza da stabilire fra il caso in cui rendasi aggiudicatario uno de' coeredi e per contrario il caso in cui l' aggiudicazione abbia luogo a pro di un estraneo.

Comunque tal distinzione siasi oppugnata in questi ultimi tempi (*confr. Mourlon, Ripet. scrit., t. II, p. 41 (*)*), essa viene generalmente ammessa nella dottrina del pari che nella pratica; e, con sommo fondamento, a creder nostro.

Di fatti dal testo dell' art. 883 nel tempo stesso che dal principio su cui poggia risulta la regola della divisione dichiarativa non potersi applicare in questa seconda ipotesi.

L' art. 883, quando dichiara ciascun coerede riputarsi esser succeduto solo negli effetti componenti la sua quota o a lui pervenuti come maggiore offerente, si applica nel suo medesimo testo agli effetti spettati dietro licitazione a ciascun coerede.

Ed è manifesto lo essenziale principio di cotesto articolo, val dire il principio della successione diretta potersi applicare soltanto riguardo ad un coerede e menomamente rispetto ad un estraneo, ad un terzo, il quale non essendo erede, non può reputarsi essere

(*) L' abbiamo ravvisata contraddetta eziandio in una Memoria, altronde interessantissima, coronata dalla Facoltà di diritto di Digione, di Liégard, su la origine, lo spirito ed i casi di applicazione della massima: la divisione è dichiarativa; ma gli argomenti presentati in sostegno di questa tesi non hanno potuto in noi alcun convincimento.

succeduto; al defunto in qualsivoglia modo (confr. dec. C. di Parigi 2 marzo 1812, Forestier, Sirey, 1812, I, 432; dec. C. di Caen 25 feb. 1837, Malassiz, Dev., 1838, II, 154; di Nîmes 2 ag. 1838, Saint-Privat, Dev., 1839, II, 402; di Grenoble 27 genn. 1839, Fabrigne, Dev., 1860, II, 11, Chabot art. 883, n. 5; Forail, art. 883, n. 3; Tropolong, della Vendita, t. I, n. 12 e n. 876, e de le Ipoteche, t. I, n. 292; Duvergier, della Vendita, t. II, n. 447; Duranton, t. VII, n. 520; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 266; Supplemento al Trattato de' diritti di reg. di Rigaud, Championnière e Pont, t. VI, num. 607 e seg.).

Dalle quali cose conseguita l'aggiudicazione dietro licitazione fatta a pro di un estraneo costituire una vendita ordinaria la quale darebbe luogo, per esempio, non al privilegio del coodividente (art. 2103-3. 210-1972, 1993), ma al privilegio del venditore (art. 2103-1., 2108 — 1994), e la quale andrebbe, come ogni altra, sottoposta all'azione di scioglimento per mancanza di pagamento del prezzo (art. 1634 — 1300 infra, n. 506).

1530. — Da ciò è forse uopo inferire ancora ciascun de' coeredi doversi considerare qual venditore per la parte sua; per modo che ciascun di essi sarebbe, come tale, creditore di una porzione determinata nel prezzo, o lo immobile troverebbesi gravato eziandio, sino alla concorrenza di questa parte, presso l'aggiudicatario, de' privilegi e delle ipoteche de' creditori particolari di ciascun di essi.

Si statui per l'affermativa con alcuni giudicati, o, fra gli autori da noi citati (supra, n. 272), parecchi sembrano parimente ammetterla (confr. dec. C. di Orleans 7 feb. 1845 Pelletier, Dev., 1848, I, 562; di Douai 25 lug. 1848, Buret, Rev. 1849, II, 39).

Ma cotesta dottrina sarebbe, a creder nostro, troppo assoluta, ed avvisiamo doversi fare la seguente distinzione.

O, nel momento dello incanto, i diritti di ciascuno de' coeredi nello immobile licitato trovavansi già liquidati e determinati; colui questo caso opiniamo altresì di fatti ciascun di essi doversi considerare, rimpetto all'aggiudicatario, qual venditore per la sua parte;

O per contrario, nel momento dello incanto, il determinamento de' diritti di ciascuno de' coeredi non aveva avuto ancor luogo: per modo che la licitazione non era, come effettivamente non è, per lo più, se non un incidente

di liquidazione ed una operazione preparatoria dell'a. divisione; ed allora opiniamo la soluzione della questione quale o quali de' coeredi si dovranno considerare come venditori va subordinata all'evento della divisione per la stessa applicazione dell'art. 883 — 803; e conseguentemente qualora, col processo verbale di divisione, il prezzo della vendita venga attribuito ad alcuni de' coeredi oppure ad un solo de' coeredi, quelli o quelle soltanto, cui il prezzo si sarà attribuito, si dovranno considerare come venditori e conseguentemente come soli creditori del prezzo, e però i creditori particolari potrebbero avere su l'immobile licitato ipoteche o altri diritti costituiti da parte del loro debitore durante la indizione (arg. dall'art. 2203 — 2106; confr. arresto C. cass. 46 feb. 1833, G. del F., t. XCV, p. 400; 48, giugno 1834, Colinvaux D., 1834, I, 276; Demante, t. III, n. 225 bis, IV).

L'ordinario i capitoli di vendita contengono una clausola determinante qual sarà, relativamente a cotesti varii obbietti, la posizione dell'aggiudicatario rimpetto a' coeredi; ed al certo è saggio il seguitare siffatto metodo.

1531. — Ma una rilevante questione ci rimane ancora a disaminare intorno a cotesta situazione, val dire se i creditori particolari de' coeredi, sia che il prezzo dell'aggiudicazione venga attribuito con la divisione a ciascuno de' coeredi per la sua parte, sia che venne attribuito a taluni o ad un solo di essi, diciamo se i creditori particolari de' coeredi, i quali avessero acquistato, da parte del loro debitore, durante la indizione, ipoteche su lo immobile esposto in vendita, possano intimare al terzo aggiudicatario di pagare o rinunciare e fare contro di lui offerta maggiore (art. 2169-2183 — 2063-2082).

Eh! dunque per qual ragione, si dirà, non possono? quanto volte ammettesi l'aggiudicazione a pro di un estraneo essere una vendita, ne conseguita i creditori dell'erede o degli eredi venditori conservare il loro diritto ipotecario; e tostochè si ammetta conservare essi il loro diritto ipotecario, ne conseguita parimente di necessità conservare gli attributi o le prerogative del proprio diritto (confr. dec. C. di Orleans 7 feb. 1845, Pelletier, Dev., 1848, I, 564; Demante, t. III, num. 225 bis, IV; ved. eziandio Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 266).

Nolladimeno non avvisiamo essere ben

si adotta cotesta dottrina; e per contrario è nostro divisamento l'aggiudicazione dietro licitazione, anche quando abbia luogo a pro di un estraneo, stabilire irrevocabilmente il prezzo, per guisa da non potervi esser luogo ad offerta maggiore da parte de' creditori particolari degli eredi:

1. Di fatti è mestieri del seguente dilemma: o i creditori particolari de' coeredenti si opposero alla divisione o non vi si opposero (art. 882 — 802).

Nel primo caso la divisione, e quindi la licitazione che ne costituisce uno degli elementi, non dovette aver luogo senza esservi chiamati: conseguentemente potettero esservi presenti, al pari del loro debitore e con gli stessi diritti di lui, nè più nè meno: or, dopo la licitazione, uno de' coeredi non può però contraddire il prezzo: dunque i suoi particolari creditori, i quali sono suoi averi causa, neppure il potrebbero. Ed è questo al certo lo scopo della opposizione o dello intervento che possono sperimentare; val dire impedire loro di oppugnare le operazioni dopo seguita la divisione.

Nel secondo caso non possono parimente pel motivo ebe, potendo formare opposizione, non la formarono, e quindi vengono irrevocabilmente considerati essere stato rappresentati dal loro debitore (supra, num. 241).

2. Cotesta soluzione ci sembra altresì, sotto tutti i rapporti, unisona a' principii del diritto e della equità nel tempo stesso che allo essenziale scopo che la legge intese raggiungere nella divisione.

Da un lato il diritto e la equità effettivamente impediscono che il fatto di un de' coeredi, o la circostanza a lui personale di avere creditori con ipoteca generale, arrechi accremento a' suoi coeredi, e la costoro condizione venga resa più grave ed i loro diritti messi a repentaglio per tal fatto o circostanza, cui sono stranieri: *nemo ex alterius facto progruatur* (art. 1).

Or, torna manifesto quei coeredi, i quali non abbiano creditori, scorgere la loro condizione peggiorata ed i loro diritti messi a repentaglio, se l'aggiudicatario potesse essere evinto da' creditori particolari de' loro coeredi, dappoichè l'aggiudicatario medesimo, qualora venisse minacciato di siffatta evizione, potrebbe negarsi a pagare la parte loro spettante nel prezzo (art. 1653 — 1499), e se fosse soggiaciuto alla evizione medesi-

ma, potrebbe sperimentare avverso di essi un'azione di garanzia o di ristoro di danni-interessi (art. 1626 e seg.; 2178 — 1472, 2072).

Dunque torna impossibile i creditori particolari di uno de' coeredi avere, in nome del loro debitore, il diritto d'impedire agli altri eredi di ricevere ciascuno la sua parte nel prezzo, e segnatamente esporli a siffatte azioni di ristoro di danni-interessi!

3. Finalmente chi non ravvisa la opposta dottrina qual turbamento e qual disordine apportare alle operazioni della divisione, e quanto azioni di regresso di ogni sorta indubitabilmente trarre seco!

Dunque conchiudiamo il prezzo dell'aggiudicazione dietro licitazione trovarsi definitivamente stabilito, ed i creditori ipotecari degli eredi non poter fare maggiore offerta, salvo però altronde il diritto d'intervire nella graduazione per esser graduati secondo il grado loro pertinente (confr. in sensi varii arresti C. cass. 1 ott. 1810, Dev., e Car., Collez. nuovo, 3, 1, 238; 2 mag. 1812, Forestier, Sirey, 1812, II, 432; decis. C. di Parigi 26 mag. 1845, Vignot, Dev., 1846, II, 78; ved. eziandio l'arresto della Corte di cassazione del 26 lug. 1848, Pelletier, Dev., 1849, I, 561, e le osservazioni di Devilleneuve e Carette, loc. supra cit.).

1832. — Altronde ciò che ci sembra indubitato si è non potersi considerare seguita a pro di un estraneo l'aggiudicazione dietro licitazione a pro di uno de' coeredi, il quale avesse accettato la credità col beneficio dello inventario.

È ben vero, nella nostra antica giurisprudenza, la opposta dottrina essere dapprima prevalsa; ma non indugiassi a far ritorno a' veri principii, assimilando, su tal punto, l'erede beneficiario all'erede puro e semplice (confr. Merlin, Quest. su diritto, v. Beni particolari, § 2, n. 5).

È pur vero la stessa Corte di cassazione essersi dapprima dipartita da cotesti principii, pel motivo la liquidazione della credità accettata col beneficio dello inventario facendosi nel comune interesse de' eredi e dell'erede, costui addivenire aggiudicatario come un estraneo (Arresto 27 mag. 1835, Ricard, G. del F., t. III, p. 278; confr. eziandio Belost-Jolinont sopra Chabot, art. 883, oss. v. II).

Ma torna manifesto siffatto motivo non essere menomamente concludente: la divisio-

ne ha indubbiamente, rispetto all'erede beneficiario, per quanto riguarda l'applicazione dell'art. 883, lo stesso effetto che relativamente all'erede puro e semplice: or, in conformità dell'art. 883, la vendita allo incanto ha lo stesso effetto della divisione: dunque l'art. 883 è applicabile ad ogni coerede, aggiudicatario dietro licitazione, sia che abbia accettato puramente e semplicemente, sia che abbia accettato col beneficio dello inventario. Laonde la Corte suprema è tornata a seguitare colesso principio, il quale ci sembra solo ben fondato (confr. il t. III, n. 491; dec. C. di Bordò 22 mag. 1834, Boudin, D., 4831, II, 159; arresto C. cass. 42 ag. 1839, Colomel, D., 1839, I, 329, D., *Rac. alfab.*, v. *Successioni*, n. 2103; Dutruc, n. 548; Tambour del *Benefiz. d'invent.*, p. 320).

1533. — Per divenire applicabile l'art. 883 non è necessario che tutti i beni vengano divisi; o lo effetto dichiarativo emerge dalla parziale divisione, rispetto a beni compresi, così compiutamente come dalla totale divisione.

La prova se ne rinviene nello esempio della licitazione la quale, in conformità del testo medesimo dell'articolo in disamina, produce, circa la cosa esposta in vendita, lo stesso effetto dichiarativo della divisione generale della eredità relativamente a tutti i beni (confr. il t. III, n. 615; L. 44, ff. *Fauv. excisc.*; Championnière e Rigaud. t. III, n. 2727).

4334. — Abbiamo già osservato parimente in senso inverso, i coeredi potere mettersi d'accordo per procedere ad una sola e medesima divisione di più eredità in una sola massa, e la divisione stessa in certa guisa collettiva produrre eziandio lo effetto dichiarativo di cui parla l'art. 883 (confr. il t. III, n. 616; arresto C. cass. 22. marzo 1847, Mérian, Dev., 4847, I, 259; *ed.* nondimeno dec. C. di Bordò 20 aprile 1831, Dev., 1831, II, 315).

Altrove ben si comprende parlar noi qui soltanto del caso in cui tutti i coeredi di età maggiore e che possono liberamente disporre de' loro diritti sieno di accordo per procedere quindi ad una sola divisione di più eredità; dappoichè cotesto modo di procedere non potrebbesi imporre ad essi loro malgrado (confr. arresti C. cass. 31 mar. 1846, Michel, Dev., 1846, I, 337; 8 giugno 1859, Salvan, Dev., 1859, I, 574; Dutruc,

della *Divis. delle eredità*, n. 444; ved. pure il t. IV, n. 274).

1535. — Dicemmo (supra, n. 268) essere uopo applicare l'art. 883 ad ogni atto, il quale equivalga alla divisione o alla licitazione, val dire ad ogni atto il quale abbia per effetto il far cessare la indivisione fra tutti i coeredi, sia circa uno degli oggetti compresi nella eredità, sia circa la stessa eredità totalmente o parzialmente.

Poco monta il carattere della operazione mercè di cui si conseguirà siffatto risultato; poco monta del pari la denominazione datale dalle parti, e lo averla esequificata, per esempio, vendita, permuta, transazione o in altra guisa (arg. dall'art. 888 — 806).

L'operazione che ebbe luogo raggiunse forse il risultato di far cessare la indivisione fra tutti i coeredi?

Ciò è bastevole! è dessa una divisione; avvengachè precisamente in questo essenzialmente consiste la divisione; e però fa d'uopo applicarvi l'art. 883.

Ed è questa la ragione per cui, ad onta di alcuni dispareri (confr. Vazeille, art. 883, n. 2; Belost Jolimont sopra Chabot, art. 883, *osserv.*, III), opiniamo la vendita di una cosa ereditaria fatta amichevolmente da tutti i coeredi ad uno fra essi doversi assimigliare alla licitazione e conseguentemente produrre, al pari di essa, lo effetto dichiarativo della divisione. Questo ci sembra essere al certo lo intendimento del legislatore, quando dichiara, con l'art. 1408, l'acquisto fatto durante il matrimonio, col mezzo di licitazione o altrimenti, della porzione di un immobile di cui uno de' coniugi era proprietario per indiviso, non si considera come un acquisto fatto alla comunione; ed in vero cotesta dottrina è sommanente unisona a' principii ed alla ragione. Dunque per qual motivo, quando tutti i coeredi sieno di accordo, per attribuire una determinata cosa della eredità ad uno di essi; attingerli, quando che sia! al dispendio di non vendita all'asta pubblica? (confr. arresto C. cass. 29 marzo 1854, Chahrier, Dev., 1856, I, 59; Delvincourt, t. II, p. 33, nota 4; Demante, t. III, n. 225 bis, III; Zachariae, Aubry e Rau. t. V, p. 266).

1536. — Per lo stesso motivo debbesi a ceder nostro, assimigliare alla divisione la cessione di diritti ereditari fattad uno de' coeredi da tutti i suoi coeredi, e più generalmente ancora ogni convenzione simigliante per

effetto di cui la indivisione cessasse finalmente, in modo assoluto, fra tutti i coeredi.

Era già questa l'antica dottrina (confr. *Ronsilhe, Institut del diritto di leg.*, t. II, n. 576; *Housseau de la Combe, v. Laudemio*, p. 433).

Obbietterassi essere malagevole il rinvenire il carattere di divisione in similante atto, il cui risultamento si è un solo de' coeredi consegnare la totalità de' beni ereditarii in natura, mentre tutti gli altri consegnano contante lor pagato dal proprio coerede col proprio danaro?

In vero cotesta obiezione è una di quelle che indussero la Corte di Tolosa a statuire, per massima, ogni cessione di diritti ereditarii fatta da un coerede al suo coerede doversi considerare qual vendita (Decis. 44 dic. 1850, Pignol, Dev., 1854, II, 402).

Ma la licitazione produce altresì il risultato, rispetto alla cosa esposta in vendita, quello fra' coeredi, che ne divenga aggiudicatario, conseguirla interamente in natura, mentre gli altri consegnano una parte nel prezzo lor pagato dal coerede aggiudicatario col proprio danaro: or la licitazione, ad onta di ciò, va assimigliata del pari dalla stessa legge alla divisione: dunque debbe così pure avvenire delle convenzioni in disamina; avvegnachè non vi si potrebbe rinvenire alcuna ragione di differenza.

E, rispetto all'argomento desunto dalla C. di Tolosa dagli art. 2103 e 2109 — 1972 c. 1995 con la su riferita decisione, consistente nel sostenere il privilegio de' condividenti andando conferito per la garanzia, i pareggiamenti o compensamenti di quote, ed il prezzo della vendita allo incanto, non potersi applicare al prezzo di una cessione di diritti ereditarii, risponderemo risolvere esso la questione per la quistione; avvegnachè torna manifesto gli articoli medesimi per contrario essere applicabili, qualora, come avvisammo, la cessione di diritti ereditarii equivalga ad una specie di vendita volontaria fra i coeredi (confr. il tomo III, n. 543; *Demante*, t. III, n. 225 bis, II; *Zachariae, Aubry e Rau*, t. V, pag. 266).

1537. — La testè esposta soluzione sarebbe parimente applicabile, a ereder nostro, alla cessione di diritti ereditarii fatta ad uno de' coeredi da tutti i suoi coeredi, anche quando avesse avuto luogo a rischio e pericolo del cessionario.

E noi non sapremmo reputarci vinti dalla opposta dottrina propugnata dalla Corte di

Grenoble (Decis. 4 genn. 1853, *Algoud*; agg. pure decis. C. di Lione 29 luglio 1853, *Georges, Dev.*, 1853, II, 580, 584).

E ben vero l'art. 889 — 809 dichiarare l'azione di rescissione per causa di lesione non doversi ammettere avverso tale atto.

Ma cotesta special disposizione va spiegata dallo aleatorio carattere della convenzione, quando siasi fatta in tal guisa.

Ed altronde non è da inferirne non produrre essa lo effetto dichiarativo della divisione; avvegnachè il vero si è esser sempre una divisione, avendo fatto cessare la indivisione fra tutti i coeredi (confr. *Championnière Rigaud*, n. 2708, 2709; *Demante, loc. supra cit.*; *Mourlon, Rivista pratica di diritto franc.*, 1859, t. VIII, p. 314 e seg.).

1538. — Ben si ravvisa, in conformità della dottrina da noi esposta, l'art. 883 essere applicabile a tutti gli atti che abbiano per effetto di far cessare interamente la indivisione fra tutti gli eredi.

A tutti gli atti medesimi, noi affermiamo, ed unicamente ad essi!

Non pertanto dobbiamo soggiugnere cotesta dottrina essere sommamente controvertita, ed essersi per contrario sostenute, in inverso senso, le due seguenti proposizioni:

A. — Da un lato esservi alcuni atti, cui l'art. 883 non era applicabile, ancorchè facessero cessare interamente la indivisione fra tutti i coeredi;

B. — D'altro lato esservi alcuni altri atti, cui l'art. 883 era applicabile, ancorchè non facessero interamente cessare la indivisione fra tutti i coeredi.

Dunque è indispensabile, per compiere la dimostrazione della nostra dottrina, il disaminare qui cotesta duplice tesi.

1539. — A. E primieramente, diccsi, un atto può fare interamente cessare la indivisione fra tutti i coeredi, senza nulladimeno dover produrre lo effetto dichiarativo della divisione; e si adduce, come esempio, la cessione di diritti ereditarii fatta ad uno de' coeredi da tutti i suoi coeredi, nel caso in cui risultasse, sia dal tenore dell'atto, sia dalla esecuzione datavi dalle stesse parti, avere elleno inteso effettivamente fare una vendita propriamente detta e non già una divisione.

Le convenzioni, diccsi, non hanno e non possono avere altro carattere ed altri effetti se non quelli che le stesse parti vollero loro attribuire; avvegnachè la convenzione deriva dalla loro comune volontà, la quale ne è nel

tempo stesso la sorgente e la regola (art. 4104 4134, 1156 — 1055, 1088, 1109); or è manifesto le parti aver inteso fare una vendita, se abbiano espressamente così dichiarato, ovvero se tale intenzione da parte loro sufficientemente emerga dalle circostanze, come se, per esempio, abbiano fatto trascrivere l'atto qual contratto di vendita, e se invece di dimandare la iscrizione del privilegio de' coindividenti, nel termine all' uopo stabilito, abbiano lasciato prendere di ufficio dal conservatore la iscrizione del privilegio del venditore (confr. art. 2103, 2108, 2109 — 4972, 1994, 1995); dunque in tali ipotesi non potrebbero, senza disconoscere la comune intenzione delle parti e conseguentemente il vero carattere della loro convenzione, considerare come una divisione ed applicarvi l'art. 883 (confr. arresti C. cass. 12 ag. 4839, *l'amm. del registro*, D., 4839, I, 329 20 dic. 4843, *l'amm. del registro*, D., 4844 I, 77; 12 nov. 1844, *Royer*, D., 4845, I, 32 29 apr. 1845, *Verny*, D., 1845, I, 257; 10 giugno, *Roton*, e 5 lug. 1845, de *Pennantier* D., 1845, I, 376, 377; 48 ag. 1845, *l'amm. del reg.*, D., 1845, I, 355; decis. C. di Grenoble 4 genn. 1853, *Algoud*, D., 1855, II, 306; di Montpellier 19 dic. 1855, *Pagès*, D., 1857, I, 8; *Duranton*, I. VII, n. 522 *ter*).

Nulladimeno non crediamo ben fondata questa teoria:

1. Se è vero le convenzioni discendere dalla volontà delle parti, è forza aggiungere altresì ciascuna specie di convenzione assumere il suo proprio ed essenzial carattere che non compete alle parti disconoscere né annientare: or il proprio ed essenzial carattere della divisione si è il far cessare compiutamente la indivisione fra tutti i coeredi: dunque, quando i coeredi facciano un atto il quale abbia tale effetto, fanno di necessità una divisione; e non dipende da essi lo spogliare l'atto medesimo dell'essenzial carattere che gli appartiene.

2. Ne discende la prova dell'art. 888 — 808: non potrebbero negare l'azione di rescissione essere ammissibile avverso un tale atto, qualunque fosse la denominazione datagli dalle parti (ved. nondimeno decis. C. di Tolosa 14 dic. 1850, *supra*, n. 279): è ben vero l'art. 888 essere applicabile ad atti cui non sarebbe applicabile l'art. 883 — 803, come ben presto ravviseremo, ma l'argomento da noi desunto qui dall'art. 888 non è meno calzante: intendiam provare effettivamente

te non poter le parti modificare le essenziali conseguenze dell'atto stesso che fecero: or addivene indubitato non potere elleno declinare l'applicazione dell'art. 888, tostochè la loro convenzione, pel suo carattere, vi va sottoposta: dunque, per la stessa ragione, non debbono potere sottrarsi all'applicazione dell'art. 883, quante volte, pel suo carattere, la convenzione da esse fatta vada soggetta alla disposizione di questo articolo.

3. Da ultimo chi non iscorge quali incertezze ed arbitrii tragga seco la dottrina da noi oppugnata? in quanto a noi, comprenderemmo meglio la radicale dottrina della Corte di Tolosa, consistente nello affermare ogni cessione di diritti ereditarij costituire una vendita e non già una divisione (*supra*, n. 279): noi la comprenderemmo meglio di quella equivoca dottrina, a norma di cui tal cessione sarebbe, in circostanze affatto simili e con caratteri assolutamente identici, ora una vendita, ora una divisione, secondo la denominazione che sarebbe piaciuto alle parti di darle!

Non è dunque più sicuro, e nel tempo stesso più giuridico, il non subordinare l'applicazione di una regola tanto importante quanto quella stabilita dall'art. 884, e la quale riguarda sì intimamente gl'interessi de' terzi, il non subordinarla a quistioni cotanto spesso di dubbia interpretazione!

Potrebbe semplicemente affermarsi, in simile caso, aodar la divisione sottoposta alla condizione risolutiva per mancanza di adempimento delle condizioni; ed in vero ammetteremmo pure questa interpretazione ove sembrasse unisona in fatto alla comune intenzione delle parti (confr. *infra*, n. 310, arresto C. cass. 5 nov. 1822, D., *Rac. affab.*, v. *Registrazione*, n. 2696; decis. C. di Bourges 26 genn. 1844, *Miquet*; di Montpellier 24 dic. 1844, de *Goussot*, D., 1845, II, 130, 131; di Riom 47 ag. 1853, *Chabret*, D. 1856, I, 54; *Putruc*, n. 39, *Pout, de Prat. ed. Ipot.*, art. 2106-2113, n. 291).

1540. — Un solo atto, a creder nostro, non può considerarsi qual divisione, nè produrre lo effetto dichiarativo, ancorchè faccia interamente cessare la indivisione fra tutti i coeredi.

Intendiam parlare della donazione che uno de' coeredi avesse fatta de' suoi diritti ereditarij al suo coerede.

Di fatti la divisione è un atto essenzialmente a titolo oneroso; e quindi non potrebbe-

ne rinvenire il carattere in un atto gratuito, in una liberalità: all'onde torria impossibile il considerare l'erede donatario essere immediatamente succeduto al defunto per tutti gli effetti che conserva; avvegnachè era erede solo in parte, e conserva la totalità, senza pareggiamento, senza compensamento alcuno, senza alcun prezzo da pagare; senza che finalmente i suoi coeredi abbiano nulla conseguito in effetti della eredità, nè in valori rappresentativi equivalenti: dunque l'erede donatario è l'avente causa de' suoi coeredi donanti, relativamente alla parte che doveva spettare a costoro (confr. arresti C. cass. 5 mag. 1841, *Pamm. del reg.*, Dev., 1841, I, 434; 26 genn. 1848, Gilles, Dev., 1848, I, 245; Championnière e Rigaud, t. III, n. 2723 Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 265; Docteur, n. 45, D., *Rac. alfab. v. Registro*, n. 2637; Mourlon, *Rivista prat. di dir. franc.*, 1859, t. VIII, p. 426; ved. pure Gabriele Demante, *Esposiz. ragionata de' princ. dell'a. registratura*, n. 713).

1541. — B. A norma di altra dottrina, in senso inverso, sonovi alcuni atti cui è applicabile lo effetto dichiaratorio della divisione, ancorchè non facciano interamente cessare la indivisione fra tutti i coeredi.

Tali sarebbero la vendita allo incanto, per effetto di cui due o più coeredi si rendano aggiudicatarii; o la cessione di diritti ereditarii consentita da uno de' coeredi a tutti i suoi coeredi ovvero ad alcuno di essi soltanto.

I propugnatori di siffatta dottrina ragionano nella seguente guisa:

4. Nella nostra antica giurisprudenza era massima incontestata doversi considerare qual divisione ogni atto che facesse cessare la indivisione; eziandio soltanto rispetto ad alcuni de' coeredi: « Non evvi regola, diceva Guyot, la quale astringa i socii a sciogliere la comunione con l'assenso di tutti. Tutti i socii formandone un solo, l'uno può licitare la sua porzione, sia con uno, sia con tutti: ciò diminuisce unicamente il numero de' condomini; ma non evvi mutamento di proprietario: è questo sempre un atto riguardante lo scioglimento di comunione, e con cui intendimento de' contrattanti si è dividere e non vendere... » (*Trattato delle licitazioni*, cap. III, sez. III, § 4, n. 4; agg. Pothier, *de' Feudi* part. I, cap. V, § 3; e *de' la vendita*, n. 644; l'ouet de Livourne, Coos. di Anjou, art. 282; *ovvero*, t.)

Ed è naturale il credere i compilatori del Codice Napoleone avere inteso ritenere siffatta antica regola, non avendovi derogato.

Or, ben lungi dal derogarvi, egli stessi, dicesi, l'hanno positivamente sancita con l'art. 888, il quale considera come divisione ogni atto, comunque denominato, avente per obbietto di far cessare la indivisione fra coeredi. Ed osservasi, in conformità dell'articolo medesimo, non esser necessario che l'atto abbia per effetto, ma bastare che abbia per oggetto di far cessare la indivisione; del pri che è bastevole altresì esser l'atto interceduto fra coeredi, non richiedendo l'art. 888 dover intercedere fra tutti i coeredi.

2. Aggiungesi cotesta dottrina essere sommamente consentanea alla logica; avvegnachè tali specie di atti costituiscono effettivamente operazioni preparatorie della stessa divisione; e conseguentemente debbono partecipare della sua natura e formare con essa in ultima analisi un solo atto: « La divisione, afferma pure Guyot, trae seco parecchie operazioni: è permesso agli eredi di semplificarla con atti preparatorii i quali sono specie di licitazioni, specie di divisioni preliminari riducenti la principale divisione alla sua semplicità... » (*loc. supra cit.* § 1). E non evvi cosa più saggia nè più utile di conteste specie di atti preparatorii, licitazioni, cessioni, vendite, transazioni o altri: in vero somministrano a' coeredi un ottimo mezzo, sia di eliminare un erede difficoltoso, sia di soddisfare immediatamente, mercè qualsivoglia convenzione, quello o quelli fra essi cui non coverrebbe nessuno de' bevi ereditarii (confr. decis. C. di Parigi 14 genn. 1808, Anneau, Sirey, 1808, II, 432, di Montpellier 19 luglio 1828, Sirey, 4529, II, 53; 24 dic. 1844, Miquel, Dev., 1845, II, 587; Championnière e Rigaud, t. III, n. 2734, 2737, Rolland de Villargues, Rep. del notariato, v. *Licitazione*, n. 40 e seg.; Duvergier *della vendita*, t. II, n. 447, Mourlon, *Rivista pratica di dirto francese*, 1859, t. VIII, p. 214 e seg.)

1542. — Non pertanto opiniamo cotesta dottrina non doversi seguire, almeno nei termini assoluti onde trovasi esposta.

E primamente evvi un caso in cui ci sembra indubitato tornare inaccettabile: intendiam parlare del caso in cui uno o più coeredi avessero ceduti i loro diritti ereditarii, non a tutti i loro coeredi, ma soltanto ad uno o più di essi.

Ci sembra, diciamo, indubitato tal cessione non potersi, relativamente all'applicazione dell'art. 883, riguardare qual divisione:

1. Per la ragione tutti i coeredi non essere concorsi all'atto medesimo: or non evvi possibile divisione se non merè il concorso di tutti gl'interessati, di tutti i condomini della massa da dividere; dappoichè non puossi di sporre, senza loro consenso, della parte che ciascun di essi ha negli oggetti componenti la massa medesima (ved. il tomo III, numero 647);

2. Per la ragione in vero l'atto medesimo non aver fatto cessare la indivisione per alcuno: nè pe'coeredi che non vi concorsero, nè pe'coeredi cessionarii concorsivi, nè pel coerede cedente, nel senso la parte sua effettivamente non essersi formata e doversi sempre formare, dappoichè verrà dimandata, in nome suo, dal coerede cessionario.

1513. — Dunque la dottrina da noi caposta (supra, n. 284) potrebbesi applicare unicamente al caso di cessione fatta da uno o più coeredi a tutti gli altri coeredi; e noi converremo in tal caso cotesta dottrina addi venire infinitamente più grave: in vero non potrebbero più contro di essa far valere il duplice argomento da noi testè addotto.

Improprio, da un lato, tutti i coeredi allora concorsero all'atto;

D'altro lato sembra potersi affermare l'atto medesimo aver fatto cessare la indivisione compiutamente se non assolutamente fra tutti i coeredi, almeno fra taluni di essi e tutti gli altri: or dove sta in ciò l'ostacolo? e se, per esempio, siamo quattro eredi, cosa mai impedisce di riunirci, in certa guisa, tre contro uno per dividere, se uno di noi quattro, volendo solo far cessare la indivisione, i tre altri al contrario pongansi d'accordo per non farla cessare?

Gravi son questi argomenti; e la stessa Corte di cassazione potrebbe averli ammessi mercè la seguente notevole osservazione che si legge nel suo arresto del 2 aprile 1851:

Atteso, in diritto, che la finzione ammessa dall'art. 883 - 803, a norma di cui ciascuno de'coeredi reputasi succeduto solo ed immediatamente negli oggetti compresi nella sua quota, può esistere e produrre i suoi effetti, anche quando la indivisione non cessò interamente fra'coeredi, ma che è mestieri esservi una divisione reale... » (Bélinet, Dev., 1851, I, 337).

In vero siffatta considerazione ci sembra

tanto più notevole in quanto che la Cortesuprema con una giurisprudenza anteriore, ritenuta con molteplici giudicati, ha statuito per contrario l'art. 883 essere applicabile agli atti i quali facciano interamente cessare la indivisione fra tutti i coeredi.

E, rispetto a noi, nel ravvisare la vigoria de'mezzi messi in campo da'propugnatori della opposta dottrina, persistiamo nel dividere la dottrina dalla Corte di cassazione fatta prevalere e-essere effettivamente la più giuridica ed unisona allo stesso testo dell'art. 883.

Ma innanzi tutto è rilevante il bene intendersi e chiaramente stabilire i termini della nostra tesi.

Ragioniamo qui delle cessioni di diritti ereditarii fatte da uno de' coeredi agli altri suoi coeredi.

Per contrario se si supponesse uno de'coeredi aver ricevuto da'suoi coeredi uno o più oggetti della eredità per venire soddisfatto della sua parte ereditaria, opiniam pure tale convenzione costituire una divisione, anche quando gli altri coeredi fossero rimasti tra essi nella indivisione relativamente agli altri beni; come, per esempio, nella ipotesi addotta da Championnière e Rigaud, in cui coeredi, dovendo dividere una eredità nella quale rinvenngasi una casa di commercio tenuta dal defun'co e cho uno degli eredi tenga dopo di lui, attribuiscono a costui la cosa medesima (t. III, n. 2738).

In vero tale atto di per sè non è una cessione nè una vendita; è, per propria natura un c'eterminamento di quote, un'attribuzione a titolo di divisione; ed il vero si è far cessare interamente la indivisione fra tutti gl'erediti, rispetto alla cosa attribuita ad uno di essi, del pari che la licitazione fa interamente cessare la indivisione fra tutti i coeredi, riguardo alla cosa di cui uno di essi si rende aggiudicatario; ed indubitamente cotesta assimilazione ritiene l'art. 1408 adoperando in espressione: col mezzo di licitazione o altrimenti (confr. supra, n. 271, ved. nondimeno in opposto senso Duranton, t. VII, n. 522ter).

Tale era pressappoco la specie del su riferito arresto della Corte di cassazione del 2 aprile 1851, con la differenza nondimeno uno de'coeredi aver dapprima ceduto i proprii diritti a' suoi coeredi, e l'attribuzione di alcuni beni della eredità essersi fatta dapoi ad uno de'coeredi cessionarii dagli altri coeredi cessionarii, senza il concorso del

coerede cedente; ed in vero tal circostanza rinviensi rilevata con l'arresto, onde viene statuito cotesta attribuzione non assumere il carattere di divisione.

Ma non potevasi forse rispondere l'erede cedente avere virtualmente conferito col fatto stesso della cessione a' suoi coeredi la facoltà di consentire alla divisione? Forse, per esempio, non vi sarebbe stata divisione fra tutti i coeredi cessionarii, se avessero effettivamente divisi tra essi tutti i beni della eredità? ovvero se uno di essi si fosse renduto aggiudicatario dietro licitazione di uno di tali beni? E però non dovevasi altresì considerare come divisione tra medesimi l'attribuzione fatta da essi ad uno di loro di una cosa della eredità?

Del rimanente, che che ne sia di cotesta particolare ipotesi, avvisiamo, quando tutti i coeredi concorsero all'atto con cui uno o più beni della eredità vennero attribuiti ad uno di essi, l'atto medesimo doversi considerare qual divisione.

1543 bis. — Cotesta dottrina viene insegnata parimente da Massé e Vergé (sopra Zachariae, t. II, p. 364) e da Dalloz (Rec. a/fub. v. Successione, n. 2420).

I predetti onorevoli giuriconsulti ne circoscrivono nondimeno l'applicazione al caso in cui l'attribuzione medesima di uno o più beni della eredità si fosse fatta ad uno dei coeredi per soddisfarlo di tutta la sua parte dopo la liquidazione ed il determinamento de' diritti di tutti.

Ma questa stessa restrizione non ci parrebbe doversi ammettere.

In vero per qual motivo l'attribuzione di uno o più beni della eredità ad uno de' coeredi fatta da tutti gli altri coeredi debbesi considerare qual divisione? il motivo si è, come dicemmo (supra, n. 286), che, al pari della licitazione, fa cessare compiutamente la indivisione fra tutti i coeredi relativamente alla cosa attribuita ad uno di essi;

Or la licitazione produce sempre l'effetto della divisione, senza esservi luogo a distinguere se l'erede aggiudicatario sin o pur no soddisfatto di tutta la sua parte con la cosa aggiudicatagli, nè se i diritti di tutti i coeredi sieno già liquidati e determinati (supra, n. 271 bis);

Dunque tale attribuzione, equipollente alla licitazione, debbe produrre lo stesso effetto eziando in tutti i casi, sin che soddisfaccia il coerede di tutta la sua parte o soltanto per

la debita concorrenza, sia che i diritti di tutti sieno o pur no ancor liquidati e determinati. Di fatti in tutti i casi è ben fondato il sostenere, relativamente alla cosa così attribuita ad uno degli eredi da tutti gli altri eredi, essere la indivisione cessata fra essi compiutamente.

Vien maggiormente plaudiamo la dottrina della Corte di Parigi seguitata, statuendo l'atto di divisione, in cui figurarono tutti gli aventi diritto, per riscuotere interamente la parte spettante a ciascuno, essere un atto il quale fa cessare la indivisione, ed il quale produce tutti gli effetti di una divisione definitiva, anche quando siasi rilasciato ad alcuni eredi in comune un immobile come equivalente de' loro diritti; e la indivisione, in avvenire esistente fra costoro, in proporzioni novelle su lo immobile medesimo, non altera il carattere della divisione (Decis. 23 feb. 1860, Desbiron, *Gazzetta dei Trib.* 2 marzo 1860).

Tanto riguarda il caso della divisione o della formazione delle quote in natura, in tutto o in parte, de' beni della eredità.

1544. — Ma per contrario, quando trattasi di cessione di diritti ereditarii o di ogni altro atto di tal genere, i quali per loro propria natura, sieno traslativi di dominio, avvisiamo non potersi considerare semplicemente dichiarativi se non quando assumano il carattere di divisione, val' dire se non quando facciano cessare la indivisione fra tutti i coeredi:

4. Di fatti non potrebbesi negare quanto sia grave, sotto il punto di veduta dello interesse de' terzi, la regola della divisione dichiarativa sancita dall'art. 883; e costituire una finzione sotto alcuni aspetti, rigorosa, la quale debbesi quindi applicare negli stessi termini del testo onde venne stabilita;

Or da' termini dell'art. 883 emerge la regola della divisione dichiarativa essere applicabile sol quando l'atto intervenuto faccia cessare la indivisione rispetto a ciascuno coerede, sia circa la stessa eredità, in tutto o in parte, sia almeno rispetto ad uno o più dei beni della eredità, come in caso di licitazione;

Unque l'articolo medesimo torna inapplicabile quando l'atto intervenuto non abbia fatto cessare per contrario la indivisione rispetto alla stessa eredità in tutto o in parte, nè rispetto ad alcuno de' beni che ne dipendono.

2 Obbiettasi dal ravvicinamento degli art. 888 ed 889 — 808 ed 809 emergere l'azione di rescissione per causa di lesione venire ammessa avverso ogni atto il quale faccia cessare l'indivisione, eziandio soltanto rispettando uno o ad alcuni degli eredi, e segnatamente avverso la vendita di diritti ereditarii fatta ad uno de' coeredi dagli altri suoi coeredi da uno d'essi, se altronde non siasi fatta a suo rischio e pericolo, e vuolsene inferire, al cospetto della legge, ogni cessione di diritti ereditarii fatta da un coerede, sia a tutti i suoi coeredi, sia ad un di essi, far le veci di divisione.

Agevole ci sembra la risposta.

L'obbietto dell'art. 888 è ben diverso da quello dell'art. 883.

Nell'art. 883 trattasi delle conseguenze della divisione non solo rispetto a' coeredi; ma ancora rispetto a' terzi; ed in quello articolo il legislatore annoda le conseguenze medesime ad una vera divisione.

Sommamente diverso è l'art. 888, il quale determina, fra' coeredi soltanto, le conseguenze, sotto il punto di veduta dell'azione di rescissione per causa di lesione, di ogni atto il quale faccia cessare la indivisione riguardo ad uno o più di essi: or, ben si comprende il legislatore, in questa ultima ipotesi, in cui trattasi di mantenere lo essenziale principio di eguaglianza fra gli eredi, aver considerato, sotto questo rapporto, far le veci di divisione gli atti stessi non rivestiti del carattere di divisione propriamente detta, ed essersi accontentato, per ammettere l'azione di rescissione per causa di lesione, della parte degli uni verso gli altri, della circostanza l'atto aver fatto cessare la indivisione effettivamente dal lato degli uni verso gli altri, anche quando non l'avesse fatta cessare interamente rispetto a tutti (confr. arresto C. cass. 28 giugno 1859, Jullian, Dev., 1859, I, 759).

Tali deduzioni fondate oggidì su' testi del nostro Codice ci sembrano doversi ammettere, qualunque abbia potuto essere altronde, su tali varii punti, la dottrina de' nostri antichi autori francesi; e conseguentemente concludiamo l'art. 883 non essere applicabile:

Alla cessione di diritti ereditarii fatta da uno de' coeredi, sia ad alcuni de' suoi coeredi soltanto, sia a tutti i suoi coeredi congiuntamente;

Nè alla licitazione, per effetto di cui due o più coeredi siensi renduti aggiudicatarii

(confr. arresti C. cass. 30 genn. 1832, l'amm. del reg., Dev., 1832, I, 459; 16 mag. 1832, l'amm. del reg. Dev., 1832, I, 602; 6 nov. 1832, stesse parti, Dev., 1833, I, 66; 27 mag. 1835, Ricard, Dev., 1835, I, 344; 13 agosto 1838, Coulon, Dev., 1838, I, 701; 3 dic. 1839, stessa causa, Dev., 1839, I, 903, 28 dic. 1840, de Chenereilles, Dev., 1841, I, 204; 49 genn. 1841, Dauguy, Dev., 1841, I, 375; 6 mag. 1841, Legendre, Dev., 1844, I, 596; dec. C. di Limoges 14 feb. 1845, Floraud, Dev. 1845, II, 644; di Tolosa 16 mag. 1846, Duchamp, Dev., 1846, II, 297; di Montpellier 9 giugno 1853, Larassée, Dev., 1853, II, 406; arresto C. cass. 29 mag. 1854, Chabrier, Dev., 1856, I, 49; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 883, osservo. 4; Fonf de Conflans, art. 883, n. 4; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 266; Massé e Vergé, t. II, p. 372; Marcadé, art. 883, n. 4; Duranton, t. VII, n. 522 bis; Demante, t. III, n. 225 bis, II).

1545. — Ma su tal punto ci rimane ancora a risolvere la questione qual sarà lo effetto della divisione o della vendita allo incanto da seguire poscia, sia fra l'erede cessionario de' diritti ereditarii di uno de' coeredi e gli altri coeredi, sia fra quei coeredi che si rendettero aggiudicatarii, dietro licitazione.

A. — E primieramente gli eredi, cessionarii o aggiudicatarii proseguiranno forse a considerarsi come gli aventi causa de' loro coeredi cedenti o venditori; e conseguentemente dovranno sopportare i pesi costituiti da costoro su' beni rappresentanti nella loro quota la porzione ereditaria de' loro cedenti?

A noi pare indubitata l'affermativa, se la divisione abbia avuto luogo in natura; ed è pur questa la dottrina professata da Demante, il quale insegna che su' beni, i quali andranno compresi nella quota del cessionario, costui sarà tenuto a sopportare i pesi imposti dal suo cedente come dovrebbe soggiacere a quelli da lui stesso stabiliti (t. III, n. 225 bis, II).

Ma cotesta soluzione sarebbe forse ancora ben fondata nel caso in cui, avendo avuto luogo la licitazione, il coerede cessionario di uno de' suoi coeredi, o coaggiudicatario con uno de' suoi coeredi, si fosse renduto aggiudicatario del a cosa esposta in vendita?

Noi crediamo.

Imperocchè di fatti la cessione o la vendita allo incanto, che ebbe luogo, non pose

fermoe alla indivisione, in guisa che non segui divisione alcuna: questa doveva sempre farsi; ed il coerede, cessionario o aggiudicatario, aveva quindi pur sempre diritto di parteciparvi ed invocarne gli effetti nella sua qualità di coerede: or, da un lato, si suppone essersi ridotto, nella sua qualità di coerede, aggiudicatario dietro licitazione; d'altro lato la licitazione produce l'effetto il coerede aggiudicatario reputarsi succeduto solo ne' beni spettatigli in tal guisa; dunque il coerede, nella nostra ipotesi, reputasi succeduto nell' oggetto esposto in vendita, non come cessionario o avente causa de' suoi coeredi cedenti o venditori, ma in forza della chiamata ereditaria e dello effetto dichiarativo della licitazione. E conseguentemente la porzione la quale, nella sua quota, rappresenta in avvenire la porzione ereditaria de' suoi cedenti, è la porzione spettante a costoro nel prezzo dell'aggiudicazione, val dire un puro valore mobiliare non suscettivo d'ipoteca.

Cotesta dottrina a noi pare sommamente giuridica; e venne sancita dalla Corte di Caen con decisione assai ben motivata nella seguente guisa:

« Considerando che, in conformità dell'art. 883 del Codice civile, ciascuno coerede reputasi succeduto solo ed immediatamente in tutti gli effetti compresi nella sua quota o spettatigli dietro licitazione e non aver mai avuto la proprietà degli altri effetti dell'eredità; — Considerando che da ciò risulta le ipoteche de' ereditari di un coerede essere condizionali e non potere, in ultima analisi, avere effetto se non su gl' immobili che gli spettano, sia per divisione, sia per licitazione; — Considerando che tale era la condizione della ipoteca legale della Pelcot, relativamente a' beni che potevano spettare al marito nella eredità de' genitori di questo ultimo; — Che la vendita da lui fatta di tutti i suoi diritti ereditarij alla Ronelland, sua sorella, col l'atto del 24 feb. 1839, lasciava tale ipoteca nello stesso stato di prima che essa avrebbe colpito, se la divisione avesse potuto farsi in natura, i suoi immobili devoluti alla Ronelland, da parte di Pelcot, e nominamente quelli conseguiti direttamente da lei; che la licitazione andando, sotto questo rapporto, assimigliata alla divisione, i beni suoi spettati alla Ronelland, vanno parimente immuni dalla ipoteca medesima, come se un altro coerede ne fosse divenuto aggiudicatario; — Considerando che è vero la somma da

pagare a Pelcot dalla Ronelland è quella determinata con l'atto del 24 febbraio 1839 e non quella determinata dal prezzo della licitazione; ma che ciò non impedisce la licitazione medesima venire, in conformità della legge, nè guardata semplicemente dichiarativa e non attributiva di proprietà a pro della Ronelland... » (Decis. 17 nov. 1841, Pelcot, *Rac. de la dec. della C. di Caen*, tom. V, p. 541).

B. — Relativamente allo effetto della divisione o della licitazione, considerata sia fra il coerede cessionario di uno de' suoi coeredi e gli altri coeredi, sia fra gli stessi coeredi aggiudicatari gli uni rispetto agli altri, sarà naturalmente dichiarativa, in conformità dell'art. 883; e gli uni non saranno tenuti su' beni che ricadranno nella loro quota a sopportare i pesi stabiliti dagli altri. Quindi Pothier insegnava lo effetto dichiarativo aver luogo non solo rispetto alla prima divisione, fra coeredi, ma purimente riguardo alle suddivisioni della Comunità, n. 444; confr. decis. C. di Montpellier 27 gen. 1854, Rion D., 1855, II, 413; Demante, *loc. supra cit.*)

1547. — Diciamo l'art. 883 essere applicabile alla divisione da seguire fra il coerede cessionario di uno de' suoi coeredi e gli altri coeredi.

Ma cotesta dottrina debbesi forse applicare al caso in cui un terzo, estraneo alla eredità divenga cessionario di uno de' coeredi?

L'art. 883 sarà forse applicabile alla divisione da intervenire fra questo terzo cessionario e gli altri coeredi; e, per esempio, se il cessionario si recasse aggiudicatario dietro licitazione della totalità di una cosa della eredità, i pesi gravitanti su la cosa medesima durante la indivisione, da parte degli altri coeredi, proseguiranno forse a gravarla ancora presso il cessionario? o per contrario rimarranno risolti e purgati per lo effetto dichiarativo della licitazione?

Alcuni opinano l'art. 883 non essere applicabile in questo caso, pel motivo essere uopo, per divenire applicabile l'articolo medesimo, la indivisione cessata per effetto della divisione, avere avuto per origine e per causa un titolo comune fra tutti i condividenti; e di fatti così venne giudicato dalla Corte di Donai (Decis. 2 mag. 1848, Pannier, Dev., 1849, II, 394; confr. Devilleuve, *Osservazioni*, n. 5, 1849, II, 386).

È ben vero siffatta condizione di un titolo comune essersi richiesta un tempo: lo effetto

dichiarativo della divisione, dicevasi, non è altro che l'esercizio o la consolidazione del titolo primitivo di ciascuno de' coadividendi: or il titolo primitivo del terzo cessionario dei diritti di un coerede è una vendita: dunque a titolo di vendita può acquistare le porzioni de' suoi dividendi (confr. Fontanaur, n. 307; Guyot, della *Litigazione*, rap. III, sez. 3, § 5; Potbier, de' *Feudi*, part. I, cap. V, § 3).

Ma, a prescindere dal non essere sempre di accordo gli antichi autori intorno a ciò che faceva mestieri intradere per titolo comune, tornava agevole rispondere il cessionario trovarsi, per effetto della cessione, nel luogo e posto del cedente, ed in forza del titolo primitivo di costui presentarsi alla divisione.

È pur vero la Corte di cassazione, dopo avere statuito l'opposto, statuire oggi tal condizione del titolo comune essere necessaria per addivenire l'art. 883 applicabile in materia fiscale (confr. arresti C. cass. 22 feb. 1827. Guérin, Sirey, 1827, I, 417; 6 mag. 1827. Deburle Talon, Sirey, 1829, I, 445; 21 genn. 1840, l'amm. del reg., Dev., 1841, I, 309; 19 dic. 1845, l'amm. del reg. 14 feb. 1846, stesse parti, Dev., 1846, I, 113 - 118; 26 mag. 1848, stesse parti, Dev. 1848, I, 246; 9 gen. 1854, stesse parti, Dev. 1854, I, 424).

Ma la stessa Corte di cassazione statui pure assai positivamente l'applicazione dell'art. 883, in materia civile, non andare sottoposta a veruna condizione di tal genere:

«Atteso che dal ravvicinamento degli art. 883, 1476 e 1472 C. Napoleone emerge esser canone generale, in materia di divisione, ciascun dividendo reputarsi succeduto solo ed immediatamente in tutti gli effetti compresi nella sua quota, o spettatigli dietro licitazione, e non aver mai avuto la proprietà degli altri effetti; che nessuna disposizione della legge richiede, per l'applicazione di questo principio, i coeredi o socii esser diventati allo stesso titolo; — Che se dalle leggi speciali sul registro risulta le disposizioni dell'art. 883 non essere applicabile nelle materie regolate dalle leggi medesime, esse riassumono tutto il loro impero nelle materie di diritto comune; — Atteso che la vendita fatta da un coerede de' suoi diritti ereditari ad un terzo *trac seco*, quando il retratto non venne esercitato, piena ed intera surrogazione del compratore ne' diritti del suo venditore; — che il compratore può, come avrebbe potuto

lo stesso venditore, dimandare la divisione de' beni comuni; — che se la divisione si faccia in natura, il compratore reputasi essere, da parte del suo venditore, succeduto solo ed immediatamente in tutti gli effetti compresi nella sua quota; — che sarebbe impossibile lo ammettere, senza violare il principio di egualianza, da predominare, ne' le divisioni, gli immobili compresi nella quota del cessionario, trovarsi gravati delle ipoteche stabilite da' dividendi durante la indivisione, mentre gli immobili spettati a questi ultimi rimarrebbero liberi da ogni ipoteca della stessa natura; che non può diversamente avvenire, quando siavi licitazione, dappoiché la licitazione va assomigliata alla divisione; — che da ciò conseguita la licitazione, la quale abbia luogo fra il compratore de' diritti di un dividendo e gli altri condomini, debbe produrre lo stesso effetto di quella che avesse avuto luogo fra tutti i coeredi prima della vendita (Arresto C. cass. 27, genn. 1857, Mesplis, Dev., 1857, I, 655; confr. eziandio decia. C. di Bourges 31 ag. 1814. Dev. e Car. collez. nuova, 4, II, 409; di Bordò 42 lug. 1858, Prest. G. del F., 1859, p. 742).

Di fatti cotesti motivi ci sembrano perentorii.

4510. — Anzi noi non isorgiamo per qual ragione non potrebbero avere in materia fiscale la stessa autorità che in materia civile.

In vero non potrebbesi ammettere, con tutta la generalità che i suoi termini parrebbero comportare la Considerazione del suo riferito arresto: che dalle leggi speciali sul registro risulta le disposizioni dell'art. 883 non essere applicabili nelle materie regolate dalle leggi medesime.

È forza che il principio stabilito dall'art. 883 sia straniero alla legislazione fiscale; anzi potrebbesi affermare costituirvi, come nella legislazione civile, il principio da applicare, tranne i casi in cui la legislazione fiscale vi abbia derogato, come praticò circa i compensamenti di quote e la licitazione (confr. art. 45-6., art. 68, § 3-2, art. 69, § 5-6 e § 7-4 della legge del 22 genn. anno VII; infra, n. 304. Gabriele Demante, n. 708).

Or, ben lungi dal derogarvi nella ipotesi in esame, l'art. 68, § 3. n. 2 della legge del 22 genn. anno VII sottopone ad una sola e medesima tariffa indistintamente le divisioni fra condomini a qualsivoglia titolo (confr. eziandio la legge del 14 termidoro anno IV).

Il vero si è la dottrina sancita dalla giurisprudenza in materia fiscale poter avere avuto per iscopo ed avere effettivamente per risultato il reprimere le molteplici frodi, cui erasi precedentemente ricorso per sottrarsi all'applicazione del diritto di trascrizione, comprando, con un primo atto, la metà od ogni altra porzione anche più tenue di un immobile, per modo da stabilire così fra il venditore ed il compratore, una indivisione, che facevasi cessare dappoi sotto l'apparenza di una divisione, mediante un secondo atto, onde trasferivasi al compratore la totalità dell'immobile (confr. Davol e Bannelier, *Liv. II, Trattato VI, § 3, de' Laudemii*, num. 43).

Questa ragione è al certo infinitamente grave in materia fiscale; ma bastava mai per far eliminare in modo assoluto l'applicazione di un principio ben fondato in sé stesso? e non sarebbe forse stato uopo, come suggeriscono Championnière e Rigaud, distinguere il caso in cui il primo atto, sincero e di buona fede, abbia avuto per iscopo di simulare uno stato di comunione ed indivisione fra le parti, dal caso in cui le parti per contrario vollero fare una vendita di tutto l'immobile in due atti sussecativi? (confr. *Championnière e Rigaud*, t. I, n. 2793 e seg.)

Di fatti non iscorgiamo, sotto questo rapporto, fra le materie civili o le materie fiscali, alcuna ragion di principio, su la quale si possa poggiare una differenza; e fino a quando la dottrina medesima sussisterà nella giurisprudenza fiscale, avvisiamo la opposta dottrina non giungere a stabilirsi saldamente nella giurisprudenza civile, e quindi la Corte di Torino discese ad una compiuta assimilazione, col tramutare nelle materie civili quella distinzione di cui la Corte di cassazione intende circoscrivere l'applicazione alle materie fiscali.

II.

A quali cose la regola della divisione dichiarativa è mai applicabile?

SOMMARIO

1517. — L'art. 863 è applicabile a tutti i beni corporali, ed estende a tutti i beni incorporali non suscettivi di divisione.

1518. — Si applica forse parimente a' beni incorporali suscettivi di divisione? In altri termini i crediti divisibili sono forse sottoposti alla regola della divisione dichiarativa?

1519. — Continuazione

1520. — Continuazione

1521. — Continuazione.

1522. — Continuazione. — *Quid*, se uno de' coeredi abbia consentito, per la parte sua, a pro del debitore, prima della divisione, cancellarsi una iscrizione ipotecaria che garantisse un credito delle eredità?

1523. — *Quid*, se il debitore ereditario, ignorando la divisione, per cui tutto il credito ricade nella quota di uno de' coeredi, abbia pagato, dopo la divisione, agli altri coeredi, la parte loro nel credito medesimo?

1524. — Ciascuno de' coeredi può mai, prima della divisione, far procedere a sequestri presso i debitori della eredità, per le parti de' suoi coeredi? — E quale ne sarebbe l'effetto?

1518. — Torna incontrastabile l'art. 863 — 803 essere applicabile a tutti i beni corporali ed estendendo a' beni incorporali non suscettivi di divisione.

Altrove ci riserbiamo tutto ciò che riguarda, sotto questo punto di veduta, la teorica delle obbligazioni divisibili ed indivisibili (art. 1217 e seg. — 1170).

1519. — Ma si applica forse parimente a' beni incorporali suscettivi di divisione?

In altri termini i crediti divisibili vanno forse sottoposti alla regola della divisione dichiarativa?

Questione di malagevole scioglimento ed altamente controversa.

Triplice opinione può empeggiare:

A. — I propugnatori della prima opinione insegnano l'art. 863 tornare affatto inapplicabile a' crediti divisibili.

L'art. 863, essi dicono, determina *gli effetti della divisione*; e conseguentemente può applicarsi alle sole cose formanti l'oggetto della divisione, o divise pel risultato della stessa divisione; diversamente, se lo effetto della divisione si applicasse a cose, cui la stessa divisione non si applica, avremmo un effetto senza causa.

Or, in conformità dell'art. 1220 — 1173, i crediti ereditari divisibili van divisi di pieno diritto sin dal giorno dell'apertura della successione, per la stessa onnipotenza della legge, ed a prescindere da ogni divisione fra gli eredi che ne vengono investiti ciascuno per la parte sua, ed i quali possono di fatti; sin da quel giorno, dimandarne ciascuno per la parte sua il pagamento;

Donque torna impossibile lo effetto dichiarativo della divisione applicarsi ed il fatto de' coeredi modificare, in detrimento de' debitori ereditari e senza loro assentimento,

le relazioni legali, che la divisione di pieno diritto stabilì tra essi e ciascuno degli eredi.

E ben vero spesso i crediti ereditari andati compresi nella divisione; e la totalità di uno o più crediti ovvero di tutti i crediti potersi quindi attribuire ad uno o taluni de' coeredi: anzi l'art. 832, permette e suggerisce tal modo di procedere, il quale può offrire di fatti molti vantaggi, ma tali specie di convenzioni non costituiscono altro, relativamente a' terzi, se non cessioni, che i coeredi facciano ad uno o più di essi della loro parte nei crediti ereditari, e conseguentemente possono avere effetto, relativamente a' terzi, soltanto dal giorno in cui la cessione medesima venne notificata a' debitori o accettata da essi con atto autentico (art. 1690 — 1536): precisamente in tal senso Gajo insegnò il coerede, nella quota del quale venne compresa la integralità di un credito ereditario, agire *partim proprio, partim procuratorio nomine L. 3. ff. Famil. ercisc.*; e l'antico diritto, il quale permetteva pure siffatto sistema, aveva parimente mantenuto gli effetti della divisione legale de' crediti.

Indubbiamente nessuno sosterrà dipendere da' coeredi il fare tra essi una divisione del passivo ereditario, per modo che uno di essi sarebbe solo tenuto in avvenire, rispetto a' creditori, a pagare un debito della eredità: o l'attivo si divide di pieno diritto come il passivo (art. 4220): dunque questa divisione, la quale non può modificarsi dai coeredi, rispetto a' creditori, neppure debbe poterlo essere rispetto a' debitori.

E da ciò i propugnatori di cotesta dottrina concludono il debitore ereditario poter opporre al coerede cessionario della porzione de' suoi coeredi in un credito ereditario, tutte le cause di liberazione che avrebbe potuto opporre a' coeredi cedenti; sino a quando la cessione emergente dalla divisione non siaglisi notificata, o non siasi da lui accettata; senza distinguere le cause di liberazione, avvenute prima della divisione da quelle sopraggiunte dopo la divisione (confr. Duranton, t. VII, n. 463, 429 e 849; Ducaurroy, Bonnier e Roussting, t. II, n. 789; Mourlon, *Ripet. scrit.*, t. II, p. 202, 203; ved. pure Demante, t. III, n. 225 bis, VII; ed infra, n. 295.)

1550. — B. A norma di una seconda opinione, estrema in senso in verso, l'art. 883 sarebbe applicabile a' crediti come agli altri beni della eredità.

In vero da un lato l'art. 832 dichiara i crediti doversi comprendere nella divisione al pari degli altri effetti della eredità;

E d'altro lato l'art. 883 dispone, ne' termini più generici, ciascuno de' coeredi reputarsi succeduto solo ed immediatamente in tutti gli effetti componenti la sua quota, e non aver mai avuto la proprietà degli altri effetti ereditari;

Unque, dicesi, da tali testi risulta la stessa divisione legale, come rinviasi stabilita dall'art. 1220, esser provvisoria e condizionale, val dire andar pure subordinata alla condizione della divisione che debbe determinare di qual parte ciascuno de' coeredi si troverà investito ne' crediti ereditari.

E da cotesta dottrina emergerebbe il debitore non potere opporre alcuna causa di liberazione da parte degli altri coeredi a quello fra essi nella quota del quale si comprende la integralità del credito ereditario, senza distinguere le cause di liberazione avvenute dopo la divisione da quelle seguite prima (confr. arresto C. cass. 24 genn. 1837, Lousstain, D., 1837, I, 107; ed anziando le considerazioni dell'arresto della Corte di cassazione del 20 dic. 1848, Bounet, Dev., 1849, I, 479).

1551. — C. Finalmente i propugnatori della terza opinione, che rispetto a noi, crediamo dover suggerire, distinguono per contrario le cause di liberazione avvenute prima della divisione da quelle avvenute dopo: in conformità della opinione medesima il debitore può prevalersi delle une contro lo effetto dichiarativo della divisione, ma non può prevalersi delle altre.

Le due opinioni testè esposte hanno egualmente, comunque in senso inverso, il comun torto, cioè la prima d'immolare interamente gli art. 832 ed 833 — 754 e 752 all'art. 1220; e la seconda di sacrificare interamente questo a quegli articoli.

Non pertanto è necessario lasciare a ciascuno di tali articoli la propria parte di applicazione: or la distinzione da noi suggerita consegue, a parer nostro, assai convenientemente siffatto intento.

E primamente forse trattisi di causa di liberazione già anteriormente alla divisione raggiunta dal debitore della eredità rispetto ad uno o più de' coeredi sino alla concorrenza della loro quota nel credito?

Noi affermiamo il debitore potere opporla direttamente sino alla concorrenza della loro

parte a quello fra' coeredi nella quota del quale fu compresa la integrità del credito.

In vero dall' art. 4220 e dal principio della divisione legale de' debiti in esso formato discende ciascuno de' coeredi potere, sin dal giorno dell' apertura della successione e prima della divisione, dimandare il debito per la parte a lui spettante; dappoichè dichiarare, come fu l' art. 4220, non potere ripetere il debito che per le porzioni loro spettanti, è ad evidenza dichiarare, almeno per questa parte, poterlo dimandare (ved. il tomo III, n. 480, ed il nostro Trattato dell' Assenza, n. 230); e se possono dimandare la loro parte prima della divisione, necessaria conseguenza si è il debitore, il quale abbia pagato, trovarsi validamente e definitivamente liberato, senza poter lo effetto ulteriore della divisione alterare, in suo detrimento, il diritto da lui acquistato di opporre la sua liberazione; ed allora torna impossibile lo invocare avverso di lui l' art. 883; dappoichè non potrebbero ammettere il legislatore non avere inteso mantenere, avverso la regola della divisione dichiarativa, i diritti acquistati su la fede e sotto la garanzia della sue disposizioni.

Da ciò è nopo ancora desumere le seguenti conseguenze:

1. Se uno de' debitori della eredità si trovi, prima della divisione, creditore di uno degli eredi, la compensazione ha luogo di pieno diritto e sino alla debita concorrenza della parte ereditaria di costui; dappoichè il debitore, il quale poteva esser convenuto in giudizio dall' erede per pagargli la sua parte, poteva ad evidenza altresì offrirgliela ed obstringerlo a riceverla; e così conseguentemente trovavasi nelle condizioni della compensazione (art. 4290, 4291 — 4244, 4245).

2. Se uno de' coeredi abbia ceduto ad un terzo la sua parte in un credito ereditario e la cessione siasi debitamente notificata al debitore o accettata da lui prima della divisione, l' art. 883 non potrà venire opposto al cessionario, nè al debitore; dappoichè l' erede, il quale poteva dimandare e ricevere la sua parte, potette eziandio cederla.

3. Finalmente se i creditori particolari di uno degli eredi abbiano fatto procedere, da parte del loro debitore, ad un sequestro presso terzo e con sentenza siasi ordinato, prima della divisione, al debitore della eredità di pagare ad essi lo importare del debito sino alla concorrenza della parte ereditaria

del loro debitore, lo effetto dichiarativo della divisione che avrà luogo dappoi, non potrà loro venire opposto; dappoichè hanno sperimentato i diritti del loro debitore; e, potendo costui ricevere la sua parte, essi medesimi han potuto riceverla in sua vece (art. 1466 — 1419).

È questa la parte di applicazione da lasciare all' art. 4220; e di fatti è dessa considerabile, come ben si ravvisa; dappoichè in vero ne conseguita tale articolo determinare le relazioni de' coeredi co' debitori della eredità, sino a quando non facciasi la divisione.

455^o. — II. Ecco ora la parte di applicazione da lasciare agli art. 882 ed 883.

L' art. 832 positivamente dichiara i crediti ereditari poter essere o piuttosto dover andar compresi nella massa divisibile; la qual cosa è uopo applicare, per quanto si è osservato di sopra, e per effetto del ravvicinamento di questo articolo all' art. 4230, al caso in cui possano effettivamente comprendersi; dappoichè appartengono ancora agli eredi nel momento della divisione.

Ebbene adunque i supponiamo ora andarci compresi e la integrità di uno o più dei crediti essersi attribuita ad uno o più degli eredi.

Allora affermiamo la regola della divisione dichiarativa esser loro applicabile come a tutti gli altri beni, e conseguentemente il debitore ereditario non potere più opporre all' erede, nella quota del quale il credito si troverà compreso, alcuna causa di liberazione posteriore alla divisione, da parte degli altri coeredi per la porzione di ciascun di essi.

In vero, a norma dell' art. 883, la regola della divisione dichiarativa si applica a tutti gli effetti della eredità compresi nelle quote: tale espressione è assoluta e non comporta veruna distinzione;

Or, suppongasì i crediti ereditarii trovarsi compresi nelle quote, in conformità dell' articolo 832;

Dunque, in conformità del testo medesimo dell' art. 883, la regola della divisione dichiarativa vi si dee applicare del pari che a tutti gli altri effetti della eredità.

È ben vero che un tempo i crediti andavano pure compresi nella divisione, senza desumersene tal conseguenza; e confessiamo non esservi di fatti storicamente verun argomento a desumerne (ved. il tomo III, n. 673). Ma primamente non debbe arrecare veruna

meraviglia lo avere il diritto romano riguardato come cessionario o piuttosto come *procurator in rem suam*, per la parte de' suoi coeredi, quello fra' coeredi cui la integrità di un credito ereditario venne attribuita; dapoi ch'è il diritto romano considerava la divisione come atto traslativo (supra, n. 253); e, relativamente al nostro antico diritto francese, il quale già erasi dipartito dalle idee romane, avvisiamo non avere ancora abbastanza compiutamente dismesso tutte le conseguenze del novello principio da esso stabilito.

Abbiamo di sopra dimostrato tal conseguenza applicata a' crediti venire oggidì imposta dallo stesso testo dell'art. 883; anzi è uopo aggiugnere venire parimente imposta da uno de' motivi più rilevanti tra quelli che spiegano e giustificano la disposizione di questo articolo.

In vero abbiamo osservato il principio della divisione dichiarativa costituire una ottima garanzia della eguaglianza cotanto indispensabile nelle divisioni; dappoi ch'è sottratta alla concorrenza de' creditori particolari dell'eredità, tenuto alla collazione, i prelevamenti mercè di cui gli altri eredi possono rivedersi su' beni della eredità (supra, n. 265, ed il tomo IV, n. 461 e 473); or può tornare parimenti della più alta importanza pe' coeredi il poter esercitare i prelevamenti medesimi su' crediti come su' gli altri beni.

Si è obbiato l'art. 1220 dividere di pieno diritto e nella stessa guisa i debiti ed i crediti della eredità: or, si è detto, nessuno vorrebbe sostenere i coeredi poter sommettere uno de' coeredi al pagamento della integrità di uno o più de' debiti ereditarii, per modo da doversi l'eredità medesima riguardare, rimpetto al creditore, essere stato sempre suo unico debitore: duque neppur debbono potere attribuirgli la integrità de' crediti, per guisa da doversi considerare, riguardo al debitore, essere stato sempre suo unico creditore: dunque lo effetto dichiarativo, il quale ad evidenza non si applica a' debiti, nè anche debbe applicarsi a' crediti.

Ma per contrario non manifesta è la ragione della differenza: non solo non evvi, re' atti ammonte a' debiti, un articolo simigliante all'art. 832, il quale ingiunga di comperderli nella divisione; ma abbiamo anzi ravvisato dall'art. 872 — 793 emergere le convenzioni onde i coeredi modificassero la divisione legale de' debiti non potersi opporre a' creditori. In vero tutti i principii ostavano al potersi surrogare,

senza il consenso del creditore, un debitore, ad un altro, ed assegnargli forse così per unico debitore il più insolubile degli eredi! mentre oulla io generale impedisce surrogarsi un creditore ad un altro senza assentimento del debitore.

Dunque coochindiamo la regola della divisione dichiarativa essere applicabile a' crediti ereditarii, nel senso che quando sieno attribuiti di fatti, con la divisione, ad uno degli eredi, l'eredità medesima reputasi esserle stato sempre solo investito ab initio, per guisa che non puossi in avvegnere opporgli alcun pagamento, alcuna compensazione, alcuna cessione, da ultimo alcun sequestro presso terzo, il cui effetto liberatorio o traslativo non si fosse difinitivamente raggiunto prima della divisione (confr. Roger, del *Sequestro presso terzo*, n. 451; Marcadé, art. 883, n. 5; Pont e Rodière, del *Contratto di matrimonio*, t. I, n. 357; Zachariae, Aubry e Rau t. V, p. 345 e seg., Massé e Vergé, t. II, p. 373, 374; ved. ezianio Pothier, delle *Obbligazioni*, n. 319, 320; Toollier, t. VI, n. 758).

4553. — Ma il debitore ereditario opporrà forse a cotesto erede la cancellazione, consentita a suo pro da uno de' coeredi, per la parte sua, prima della divisione, di una iscrizione ipotecaria che garantisca un credito della eredità?

Potrebbe mai affermare fare egli ciò con buon fondamento? In vero nostra regola si è l'art. 883 applicarsi a' crediti ereditarii con riserva de' diritti acquistati da' terzi con atti seguiti anteriormente alla divisione: or forse la concessione di tal cancellazione non è un diritto acquistato dal debitore, come sarebbe, per esempio, la concessione di un termine che uno de' coeredi gli avesse consentita per la sua parte?

Non pertanto la Corte di cassazione mantenne in questo caso l'applicazione dell'art. 883, non solo per la indivisibilità del diritto ipotecario, ma ancora pel più generico motivo, sin dal momento in cui lo stesso credito non aveva cessato di esistere nella successione, quello fra' coeredi, cui trovavasi attribuito, reputarsi averlo ricevuto solo ed immediatamente dal comune autore, e conseguentemente non esservi stato intervallo durante il quale gli altri eredi abbiano avuto qual che per consentire la cancellazione della iscrizione (Arresto C. Cass. 20 dic. 1848, Bonnet, Dev., 1849, I, 179; Zachariae, Aubry e Rau, t. V., p. 347).

1554. — Testé fermam no, a computare dal di della divisione, mercé di cui la integrità di un credito si comprese nella quota di uno degli eredi, nessuna causa di liberazione po'ere in avvenire avverarsi a pro del debitore dal lato degli altri coeredi.

Ma allora, dirassi, non rinviensi in ciò una insidia pel debitore? come! poteva pagare validamente, prima della divisione, a ciascuno de' coeredi la sua parte; ed ecco un atto di divisione, a lui ignoto, render nullo un pagamento cho credeva e doveva credere valido!

Tale obbiezione non campeggia nella dottrina di Demanto, il quale insegna che di fatti, relativamente al debitore, la divisione, per cui lo intero credito venne compreso nella quota di uno de' coeredi, debbesi considerare come cessione delle parti divise del credito medesimo pertinenti agli altri; che la cessione può venirgli opposta unicamente a computare dal di della notificazione fatta o dell' accettazione interceduta in conformità dell'art. 1690 — 1516; e che il coerede cessionario dovrà rispettare di conseguenza i pagamenti fatti o le compensazioni sino allora avvenute (t. III, n. 225 bis, VII).

Ma come ben si ravvisa, costeta dottrina non applica la regola della divisione dichiarativa rispetto al debitore del credito ereditario: or crediamo aver dimostrato tal regola per l'opposto doverglisi applicare.

Dunque rimane la obbiezione; e la nostra risposta è la seguente: in vero il debitore ereditario troverebbesi validamente liberato, se avesse pagato di buona fede dopo la divisione di cui avesse ignorato la esistenza (arg. dell'art. 1240 — 1193); ma non ne conseguita menomamente la divisione dover formare, come una cessione, l'oggetto di una notificazione o di un' accettazione: per contrario basterebbe che venisse provato, avverso il debitore, avere avuto, in un modo qualsiasi, conoscenza della divisione, per dovervi dichiarar nullo il pagamento fatto da lui in opposizione a' risultamenti della divisione medesima (arg. dall'art. 2031 — 1903).

È relativamente a' terzi, come quelli, per esempio, i quali avessero comprato dopo la divisione la parte di uno de' coeredi in un credito, che la divisione aveva interamente attribuito ad un altro, lo effetto dichiarativo potrebbe venir loro di pieno diritto opposto, senza essere in obbligo di provare esser loro ignota la divisione medesima; dappoichè il

coerede non potette trasferir loro un diritto che egli non aveva più e che anzi reputasi non avere mai avuto (cofr. Zachariae, Aubry e Rau, loc. supra cit.).

1555. — Altronde avvisiamo che, anche prima della divisione, ciascuno de' coeredi avrebbe diritto di far procedere a sequestri presso i debitori della eredità per le parti dei suoi coeredi.

Lo effetto di tali sequestri sarebbe, a ceder nostro, il rendere in avvenire impossibile ogni liberazione ed ogni mutazione delle parti sequestrate in pregiudizio dello effetto dichiarativo della futura divisione: segnatamente non permetterebbero più a' particolari creditori de' coeredi di far procedere essi medesimi a' sequestri presso terzi, per guisa da ottenere il debitore della eredità esser tenuto di pagar loro lo importare della parte ereditaria del loro debitore; dappoichè i creditori particolari degli eredi non hanno qui, come spesso osservammo, diritti maggiori nè altri diritti diversi da quelli competenti allo stesso loro debitore (ved. il tomo IV, n. 464 e 475): or il sequestro, onde i coeredi sequestrarono, presso il debitore della eredità, la parte del loro coerede, ha impedito a costui di ricevere ed ha precisamente per effetto di subordinare in avvenire la sorte dello intero credito allo evento della divisione: dunque debbe avere del pari costoto duplice effetto riguardo ai creditori particolari dell' erede, i quali sono gli aventi causa del loro debitore.

Ed è questo un prezioso mezzo ed una utilissima sanzione della nostra dottrina; dappoichè i coeredi possono così impedire che, pel suo fatto personale, uno de' coeredi possa sottrarre i crediti alla regola della divisione dichiarativa, val dire a' prelevamenti che gli altri coeredi han diritto di esercitare su' crediti come su gli altri beni (confr. Demante, t. III, n. 225 bis, VII).

III e IV

A quali persone la regola della divisione dichiarativa è mai applicabile? — E quali ne sono gli effetti

SOMMARIO

1555. — Passaggio.

1556. — La regola della divisione dichiarativa è assoluta a soltanto relativa? In altri termini forse questa regola dee determinare, verso e contro tutti, lo effetto della di-

visione? ovvero per contraria non debbesse restringere l'applicazione fra gli stessi coeredi ed i loro aventi causa?

1577. — Continuazione

1578. — Divisione

1579. — I. E primamente la regola della divisione dichiarata si applica in materia fiscale. — In qual proporzione e sotto quali restrizioni?

1580. — Le ipoteche costituite durante la indivisione, da parte di uno de' coeredi, su gl'immobili ereditari, trovano sciolte, trattandosi degl'immobili compresi nelle quote degli altri coeredi, e ad essi spettanti dietro licitazione? — Spiegazione.

1581. — Lo stesso effetto risolutivo è applicabile agli altri pesi reali costituiti su gl'immobili, durante la indivisione da uno de' coeredi.

1582. — Quid, rispetto alle alienazioni degl'immobili ereditari, che non de' coeredi avesse consentite, per la sua parte, durante la indivisione?

1583. — Continuazione

1584. — Le divisioni, le vendite allo incanto, e tutti gli altri atti che facevano le voci di divisione o licitazione, non vanno sottoposti all'azione risolutiva per mancanza di pagamento del pareggiamento o del prezzo.

1585. — Similmente il coerede aggiudicatario non va sottoposto alla rivendita lo stesso

1586. — Potrebbe forse posteggiare, sia in un atto di divisione o altro atto equipollente, sia nel quoderno delle condizioni di un'aggiudicazione: dietro licitazione, lo scioglimento della divisione potersi dimandare o il coerede aggiudicatario andar sottoposto alla rivendita in danno per mancanza di pagamento del pareggiamento o del prezzo?

1587. — Continuazione. — Non potrebbe forse sostenere la stipulazione della condizione risolutiva, per mancanza di pagamento del pareggiamento o del prezzo, mutare il carattere giuridico dalla divisione o della vendita allo incanto, e formarne un atto traslativo di proprietà?

1588. — Non evvi luogo alla trascrizione dell'atto di divisione.

1589. — Il minore, divenuto di maggiore età, non ha ipoteca legale su' beni del padre tutore pel credito del prezzo di un immobile di cui il padre sinai renduto aggiudicatario dietro licitazione dopo la maggiore età del figliuolo.

1590. — II. La regola della divisione dichiarata debbesi forse applicare fra uno degli eredi ed i terzi con cui si trovasse in relazione di società o comunione? Per esempio fra uno de' coniugi e la comunione di beni, onde contrassero matrimonio? Esposizione.

1591. — A. Prima opinione: L'art. 883 è sempre applicabile in questa ipotesi.

1592. — B. Seconda opinione: L'art. 883 non è mai applicabile.

1593. — C. Terza opinione: E'opo distinguere la divisione in natura dalla divisione con pareggiamento di quote o licitazione.

1594. — Continuazione. — Applicazione degli stessi principi a' coniugi che contrassero matrimonio sotto la regola dotale.

1575. — Continuazione. — Applicazione degli stessi principi fra un legatario de' mobili ed un legatario degl'immobili.

1576. — Se uno de' coeredi avesse costituito ipoteca su la sua parte indivisa in un immobile ereditario, e lo immobile medesimo si fosse aggiudicato dietro licitazione ad altro erede, la porzione del prezzo dell'aggiudicazione spettante al costituente dovrebbe forse considerarsi fra' suoi rispettivi creditori, rappresentare il suo diritto nello immobile, ed assegnata al creditore ipotecario la preferenza de' creditori chirografari?

1577. — L'ipoteca consentita, durante la indivisione, da uno de' coeredi di un immobile, per la metà, a lui pertinente, si estende forse alla totalità, quando, pel risolvimento della divisione, lo intero immobile si trovi compreso nella sua quota?

1578. — Continuazione. — Del caso in cui uno de' coeredi, durante la indivisione, avesse costituito in dote, venduto, donato o legato la sua parte indivisa in un immobile della eredità.

1579. — Continuazione.

1580. — La divisione o l'aggiudicazione dietro licitazione non possono considerarsi come giuste titolo suscettivo di servirsì di fondamento alla prescrizione di dieci o venti anni.

1581. — L'eredità contiene il possesso del suo autore, sin dal giorno dell'apertura della successione, relativamente a tutti gl'oggetti compresi nella sua quota.

1582. — Nel caso in cui, durante la indivisione, la prescrizione non abbia potuto decorrere avverso uno degli eredi, mentre ha potuto decorrere avverso l'altro, forse lo evento della divisione dovrà determinarsi se sia o pur no decorsa a pro del terzo possessore?

1583. — Continuazione

1584. — L'art. 883 è forse applicabile, in materia di fallimento; nel caso contemplato coe l'art. 563 del Codice di commercio?

1556. — Riuniremo le due quistioni: A quali persone si applichi la regola della divisione dichiarativa, e quali ne sieno gli effetti, dappoichè trovarsi pur troppo intimamente legato, o torna impossibile disaminar l'una senza esaminare simultaneamente l'altra.

Altronde è uno de' punti di più malagevole scioglimento di tutta la subbietta materia quello consistente nel determinare, sotto tal duplice rapporto, l'ampiezza ed il limite di applicazione da riciversi dall'art. 883—803.

1557. — Due precipui sistemi possono scendere in campo, cioè l'uno onde viene interpretato l'art. 883 in modo affatto restrittivo; l'altro per contrario onde viene interpretato in modo affatto estensivo.

I propugnatori del primo sistema ragionano nella seguente guisa:

L'art. 883 stabilisce una finzione da non potersi estendere, e la quale debbe quindi

produrre limitativamente quei soli effetti che il legislatore intese raggiungere con lo stabilirla: il testo dichiara ogni erede *è reputato*, ec.

Or dalle feudali e consuetudinarie tradizioni, da cui trasse origine la finzione della divisione dichiarativa, discende essersi stabilita nel duplice scopo: primieramente, per sottrarre le divisioni a' diritti di mutazione cui van sottoposte le vendite; in secondo luogo, per limitare i diritti reali costituiti durante la indivisione da uno de' coeredi a' soli beni che formano la sua quota;

Dunque l'art. 883 debbe produrre cotesto duplice effetto: dunque, quante volte non trattisi, sia, in materia fiscale, della percezione de' diritti di mutazione, sia, in materia civile, delle relazioni de' coeredi con gli aventi causa di ciascuno de' loro coeredi, la verità riassume il suo impero, e la divisione debbesi considerare, secondo la sua vera natura, come atto traslativo di proprietà (confr. arresti C. cass. 27 maggio 1835, Moreau, Dev., 1835, I, 286; 43 ag. 1838, Coulon, Dev., 1838, I, 701; Ducanroy, Bonnier e Houssting, t. II, n. 779; Aubry e Rau sopra Zachariae, t. V, p. 268; Dutruc, n. 44 e seg.; Tillard, degli atti di scioglimento di comunione, p. 257; Duquaire, Rivista crit. di giurispr., 1853, t. III, p. 806 e seg.)

1558. — Per contrario i propugnatori del secondo sistema argomentano nel seguente modo:

Non debbesi ammettere distinzione là dove il legislatore non ne abbia ammesso alcuna; ed i testi della legge debbono applicarsi con tutta la generalità che comportano;

Or ne' termini più generici ed assoluti l'art. 883 stabilisce la regola della divisione dichiarativa;

Dunque cotesta regola debbesi applicare quante volte trattisi di determinare lo effetto della divisione fra persone qualsivogliano, e sieno qualunque eziandio gl'interessi che vi campeggino.

La Corte di cassazione, con gli ultimi suoi arresti, sembra ammettere siffatto secondo sistema:

« Atteso che in modo generale ed assoluto l'art. 883 dichiara ciascun coerede reputarsi succeduto solo ed immediatamente in tutti gli effetti compresi nella sua quota, ec. » (Arresto 2 dic. 1843, Auquet, Dev., 1846, I, 24).

« Atteso che l'art. 883, proclamando la

retroattività delle divisioni, ne determina lo essenziale carattere, il quale si è lo annullare immediatamente alla persona del defunto la persona dell'erede convivente, a prescindere dal tempo intermedio fra l'apertura della successione e la divisione della eredità. » (Arresto C. cass. 29 ag. 1853, Lefèvre, Dev., 1854, I, 707; confr. pure de Valroger, Rivista di diritto francese, t. VII, p. 116; Gabriele Demante, Esposiz. ragionata de' princ. della registratura, n. 707).

1559. — Rispetto a noi, avvisiamo di fatti cotesto secondo sistema essere il meglio fondato, e la regola della divisione dichiarativa dispiegarsi ed irradiare, in certa guisa, da lungi sul vasto orizzonte del dominio del civile diritto.

Indarne obbietti l'art. 883 stabilire una finzione, e le stesse sue espressioni il dimostrano: *Ogni coerede è reputato* ... ec.

Potremmo rispondere dapprima il legislatore non abbisognar di fingere; *ejus est imperare*! e la forma di compilazione dell'art. 883 essere ancora un legato delle abitudini di linguaggio degli stessi nostri antichi giureconsulti trascinati dalle abitudini de' giureconsulti romani (de Valroger, loc. supra cit.)

Ma altronde, al posto, finzione o verità, che monta? la questione è sempre ne' due casi, la stessa: trattasi conoscere quale ne sia l'ampiezza e quali ne sieno i limiti!

Non pertanto è pure rilevante, a creder nostro, il non trascorrere preventivamente, su tal punto, in una troppo assoluta teorica.

Non ad un sol tratto, nè per così dire di volo cotesta regola della divisione dichiarativa si è introdotta nella giurisprudenza francese: essa non vi è il prodotto di un concepimento *a priori*, che l'avesse coordinata ed adagiata a' diversi principii di tutte le altre materie che possono esservi in contatto.

Gli stessi nostri antichi giureconsulti, sino negli ultimi tempi, movevano precisamente questione sin dove la sua applicazione dovesse estendersi e dove dovesse fermarsi; e noi ravviseremo Bourjou, Lebrun e Pothier manifestare intorno alla questione medesima, tre diverse opinioni! (Infra, n. 314 e seg.)

Neppure intenderemmo affermare, quando i compilatori del nostro Codice stabilirono con l'art. 883 siffatta regola della divisione dichiarativa, essersi molto preoccupati della questione quale ne sarebbe la influenza su le varie materie del diritto civile e su' va-

rii ordini d'interessi che possano trovarsi campeggiare in una divisione.

È questa la ragione per cui, ammettendo, co' propugnatori del secondo sistema, la regola stabilita dall'art. 883 circa lo effetto dichiarativo della divisione in generale, soggiungiamo nulladimeno la riserva essere necessario ravvicinarla nelle sue varie applicazioni, sia a' testi, sia a' particolari principii regolatori delle altre materie del diritto civile, e potere talvolta trovarsi quindi più o meno modificata.

E, per abbandonare al più presto enteste generalità, nelle quali non ci piace affatto ravvolgerci, specialmente ci faremo a disaminare l'ampiezza di applicazione e gli effetti della regola della divisione dichiarativa:

1. Fra ciascuno de' coeredi da un lato e gli altri coeredi o loro aventi causa dall'altro;

2. Relativamente a' terzi, i quali non si trovano, come aventi causa di uno de' coeredi, in relazione con gli altri coeredi.

1569. — I. E primariamente rinvieremo la regola della divisione dichiarativa applicarsi in materia fiscale (*supra*, n. 289).

Quindi la legge del 22 gliciale anno VII sottopone ad un diritto fisso il registro delle divisioni (art. 68, § 3-2.)

Non pertanto è da riflettere:

1. La stessa legge sottopone i pareggiamenti di quote alla percezione del diritto di vendita (1 c.);

2. Sottopone essa al diritto proporzionale le parti o porzioni di beni indivisi acquistate per licitazione (art. 69, § 5-6 e § 7-4).

Eh che! dirassi, forse queste parti o porzioni acquistate dall'erede collicitante, il quale si renduto aggiudicatario, non vanno già sottoposte al diritto di mutazione? o quindi non debbono forse andare immuni da un novello diritto di percezione?

Ciò torna effettivamente incontestabile, non eccedendo le parti e porzioni così acquistate il valore della sua porzione ereditaria nella massa divisibile, e non essendo tenuto a sborsar nulla (confr. art. 45-6 o citato art. 69 della legge 22 gliciale anno VII; Bosquet, v. *Licitazione*, n. 3).

Ma come mai si conoscerà questo parti e porzioni non eccedere il valore della sua porzione ereditaria nel complesso de' beni della eredità?

Naturalmente mercè la esibizione dell'atto di divisione; e di fatti a nessuna difficoltà

vassi incontro su tal punto, quando la divisione definitiva e l'aggiudicazione vengano simultaneamente esibite al registro.

Ma per contrario quando, non esibendosi l'atto di divisione, non apparisca se il valore della cosa di cui l'erede collicitante si rendette aggiudicatario ecceda o pur no il valore della sua porzione ereditaria nel complesso de' beni della eredità, per giurisprudenza oggidì costante della Corte di cassazione, il diritto proporzionale va dovuto dall'aggiudicatario per le porzioni eccedenti la sua parte di condominio nella cosa esposta in vendita.

E, siccome a norma dell'art. 60 della legge del 22 gliciale anno VII, ogni diritto di registro regolarmente percepito non può restituirsi, sieno qualunque gli ulteriori avvenimenti, così la Corte suprema ne inferisce il diritto una volta riscosso su le parti e porzioni acquistate dall'erede collicitante non doversi restituire, anche quando venisse dappoi dimostrato, mercè la esibizione dell'atto di divisione, le parti medesimo non eccedere il valore della sua porzione ereditaria nella totale eredità; essendo, dicesi, la divisione posteriori alla licitazione, uno di quegli ulteriori avvenimenti, i quali non danno luogo alla restituzione del diritto regolarmente riscosso (confr. arresti C. cass. 6 nov. 1851, l'amm. del registro, Dev., 1854, 1, 778; 5 marzo 1855, atesse parti, Dev., 1855, 1, 376; 8 ag. 1855, Seguin. Dev., 1856, 1, 76).

Colesta giurisprudenza può sembrare rigorosa ed anziando forse poco logica; dappoi- ché la questione si è precisamente se il diritto in tal caso siasi regolarmente riscosso: quindi possi scorgere essere stata oppugnata assai energicamente dalla maggior parte de' giureconsulti che trattarono delle materie fiscali (confr. segnatamente Champenniere, *Rivista del diritto franc. e straniero*, 1850, t. VII, p. 48; Pont, *Championnière e Bigaud Supplém. al Trattato de' Diritti di reg.*, t. VI, n. 630).

Del rimanente la Corte di cassazione statul ancora essere uopo, per non andar dovuto il diritto, anche quando si esibisce un atto di divisione, l'atto medesimo di divisione esser definitivo, e la esenzione dal diritto non poter emergere dalla esibizione di un semplice progetto di liquidazione e divisione, il quale sembrasse di fatti indicare lo immobile aggiudicato ad uno de' coeredi esser di valore

minore della parte dell'erede aggiudicatario nel complesso de' beni della eredità, se altronde tale atto di liquidazione e divisione non abbia un carattere definitivo, per aversi le parti, a cagion di esempio, riservato il diritto di accettarla o impugnarla ulteriormente (Arresto 31 genn. 1860. l'amm. del registro, Gaz. de' trib. del 4. feb. 1860).

Ed è da confessare ammessa una volta la dottrina della Corte di cassazione, cotesta soluzione ne addiuvine una conseguenza logica ed eziandio indisponibile; dappoichè o l'una sarebbe più agevole del renderla illusoria, qualora potesse sottrarsi, mercè simiglianti spiegenti!

1561. — Ed ora, relativamente a ciascuno de' coeredi verso i suoi coeredi o i loro aventi causa, è da rammentare il primo e più autentico effetto della regola della divisione dichiarativa essere lo scioglimento di tutte le ipoteche legali, giudiziali o convenzionali, le quali avessero colpito, da parte di uno di essi, durante la indivisione, sia tutti gli immobili ereditarij, o alcuni fra essi, sia la sua porzione indivisa nella totalità o in una parte di tali immobili; diciamo lo scioglimento delle ipoteche medesime, nel senso gl'immobili spettanti agli altri coeredi pervenir loro franchi e liberi, come se non fossero mai esistite (confr. arresti C. cass. 18 giugno 1833 Dev., 1835, I, 294, 6 mag. 1844, Legendre Dev., 1844, I, 267).

Altronde torna manifesto la regola della divisione dichiarativa consolidare per contrario le ipoteche costituite da uno de' coeredi, durante la indivisione, sopra uno o più immobili ereditarij, quando gl'immobili stessi ricadano nella propria quota; dappoichè reputasi esserne stato sempre unico proprietario (ved. il tomo IV, n. 508, 509).

Si è mossa quistione se, andando compresi tali immobili nella quota di altro erede, le ipoteche dovessero passare su gl'immobili non ipotecati spettanti al costituente.

Non annodandosi ciò più al nostro subbietto, ci basta il rispondere per ora:

Sì, se si trattasse d'ipoteca generale (art. 2122, 2123 — 2008, 2009);

No, se si trattasse d'ipoteca speciale (art. 2122 — 2045; Vazeille, art. 883, n. 2; Poujol, art. 883, n. 2; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 883, osserv. 2).

1562. — Cotesto effetto risolutivo, applicato dapprima alle ipoteche onde un coerede dissipatore avesse potuto, come diceva Le-

brun (lib. IV, cap. 1, n. 21), *colpire ed alterare tutte le quote de' suoi coeredi*, non ha altronde indugiato a generalizzarsi, come la logica e la ragione imponevano.

Ed è mestieri al certo essenderlo parimente a tutti i diritti reali che si avessero potuto costituire durante la indivisione da uno dei coeredi su' beni ereditarij, come diritti di usufrutto, di uso, di abitazione, enfiteusi o servitù.

1563. — Non esitiamo a dividere similmente essere desso applicabile alle stesse alienazioni.

Nondimeno si è quistionato se i compratori a titolo particolare della parte di un coerede in alcuni immobili della eredità vadano sottoposti agli eventi della divisione, come i creditori ipotecari su' beni medesimi?

E, io non importatissimo articolo della *Temi*, Ferry ha sostenuto la negativa.

Gli effetti della divisione, dice il nostro onorevole collega, possono ad evidenza applicarsi a' soli oggetti da comprendersi nella divisione: or puossi comprendere nella divisione soltanto ciò che sia comune; e lo immobile di cui uno de' coeredi alienò la parte sua cessò di esser comune fra' suoi coeredi e lui; *alienatione partis meae exiit de communione* (L. 54. ff. Famil. ercisc.; L. 3, Collice Comm. divid.); dunque non può andar compreso nella divisione fra lui ed i suoi coeredi; ed evvi luogo a particular divisione di questo immobile fra il compratore della porzione indivisa del coerede alienante e gli altri coeredi.

Era questa la dottrina de' romani giureconsulti (leggi citate supra); nè si obbietti, aggiugnere Ferry, appo i Romani la divisione essere traslativa di dominio. In vero cotesta soluzione torna straniera al carattere della stessa divisione; dappoichè precisamente i romani giureconsulti dichiarano l'oggetto alienato non doversi più comprendere nella massa divisibile. ed egli conchiude l'ampiezza della finzione dell'art. 883 dovendosi necessariamente determinare dal' stessa ampiezza dell'antico principio di cui tal finzione fa l'veri, non potrebbesi applicare ad un caso nel quale cotesto antico principio non era applicabile (confr. *Temi*, I. VIII, p. 49 e seg.).

Ma ci sembra agevole rispodere:

I compratori della porzione indivisa di uno de' coeredi in uso degl'immobili della eredità, compratori, compermutanti, donatori o legatarij; tutti questi compratori, qualunque

sieno, sono ad evidenza gli aventi causa del coerede alienante; e non possono avere su lo immobile alienato altro diritto che lo stesso diritto del loro autore;

Or il loro autore era condomino indiviso dello immobile a condizione di comprenderlo nella massa divisibile e correre l'alca della divisione generale della eredità;

Dunque i compratori, suoi aventi causa, han potuto ricevere da lui semplicemente una proprietà sottoposta a tal condizione.

In vero tale era, come osservammo (*supra* n. 264), la base logica su cui poggia la regola della divisione dichiarativa; e cotesto argomento dimostra la soluzione della questione in esame, ben lungi dal tornare estranea al carattere della divisione, trovarsi per contrario essenzialmente subordinata. La prova ne discende ancora dall'art. 2205 — 2106 a norma di cui « la parte indivisa di un coerede nell'immobili di una eredità non può esser posta in vendita da' suoi creditori particolari, prima della divisione o della licitazione... »

Finalmente soggiugniamo la dottrina da noi oppugnata arrecare, sotto duplice rapporto, agli altri coeredi il più grave nocumento.

In vero da un lato essa somministrerebbe a quello fra' coeredi il quale, per effetto delle collazioni cui sarebbe tenuto, nulla avrebbe a dimandare nelle massa, il mezzo agevole di attribuirsi così, alienandoli, una parte de' beni in natura e sottrarli al diritto di prelevamento competente a' suoi coeredi (*supra*, num. 265);

E d'altro lato essa stringerebbe pure gli altri coeredi a fare tante piccole divisioni parziali quante sarebbe piaciuto ad uno o più tra essi di consentire alienazioni delle loro porzioni indivise nell'immobili ereditarij.

Or cotesto duplice risultamento sarebbe al certo sommamente iniquo.

Laonde, nella nostra antica giurisprudenza insegnavasi già il diritto del compratore andare subordinato allo evento della divisione (confr. Lebrun, lib. IV, cap. 1, n. 21; Basnage, della Divisione di eredità, su l'art. 336 della Cons. di Normandia).

E tali son pure la dottrina e la giurisprudenza moderna (Confr. decis. c. di Tolosa 43 genh. 1830, Saint - Paul, Dev., 4830, II, 286; di Bourges 14 genh. 4831, Poissonnet, 4831, II, 247; di Tolosa 2 apr. 1835, Barbe, D., Rac. alph., v. Successione, n. 2091; Ducaurroy, Bonnier e Rousiaing, t. II, num.

788; Mourlon, Ripet. scrit., t. II, p. 201; Demante, t. III, n. 225 bis, V; Belost-Jolimot sopra Chabot, art. 883, oserr. 2; Trop- long, della Vendita, n. 476; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 267).

4564. — La Corte di cassazione fece una notevole e sommamente giusta applicazione della soluzione da noi testè esposta, statuendo la purga fatta dal compratore della parte indivisa di uno de' coeredi in un immobile ereditario andare subordinata, relativamente a' suoi effetti, allo evento della divisione ulteriore; e quindi doversi considerare non avvenuta, se lo immobile ricada nella quota di altro coerede, pel risultamento della divisione o di un'aggiudicazione dietro licitazione (Arresto 13 feb. 4838, Chenavard, Dev., 4838, I, 230; confr. Dutruc, n. 545; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 563, nota a).

4565. — Altra conseguenza, del pari sommamente rilevante, dell'applicazione del nostro principio fra' coeredi rispettivamente, si è le divisioni, licitazioni o tutti gli altri atti che facciano le veci di divisione o licitazione, non andar sottoposti all'azione risolutiva per mancanza di pagamento del pareggiamento di quote o del prezzo della parte del coerede che ne sia debitore verso quello o quelli fra' suoi coeredi che ne sieno ereditari.

Ma non pertanto, si è detto, a norma dell'art. 1184 — 1137, la condizione risolutiva andar sempre sottintesa ne' contratti sinallagmatici pel caso in cui una delle due parti non soddisferà alla sua obbligazione (art. 1184, 1654 — 1137 e 4500): or la divisione è un contratto sinallagmatico; e se invocasi l'art. 883 — 803, a norma di cui ha un semplice effetto dichiarativo, non debbesi forse rispondere il coerede il quale dimandi la risoluzione, attenendosi alla divisione, attenersi alla causa da cui discende l'effetto medesimo; e non poterglisi opporre l'effetto, quando precisamente la stessa causa pretenda egli far risolvere (confr. Temi, t. VII, p. 417 e seg.).

La distinzione che vuolsi qui riprodurre tra la causa e lo effetto ci sembra ancora, come poco anzi, mal fondata (*supra*, n. 306). La dimanda di scioglimento di un contratto, per mancanza di pagamento del prezzo, ad evidenza si annoda allo stesso effetto del contratto ed al suo modo di esecuzione; e presuppone un contratto sinallagmatico in cui le parti sono reciprocamente gli aventi causa l'una dell'altra: or precisamente la natura dichiarativa della divisione osta a priori ad

ogni dimanda in cui sarebbe uopo prendere questo punto di partenza.

Il legislatore, dichiarando con l'art. 883, ciascuno de' coeredi reputarsi nulla aver ricevuto da' suoi coeredi, ha vietato ad un tratto fra coeredi ogni azione la quale implicasse per contrario uno di essi aver ricevuto qualche cosa dagli altri: laonde bisognò che il legislatore, dopo avere stabilito la regola medesima, conferisse specialmente il privilegio pel pagamento del pareggiamento di quote, e l'azione privilegiata eziandio per la garentia (art. 884, 2103-3, 2109 — 801, 1972, 1995): or esso non ha concesso l'azione risolutiva; e puossi oggidì ravvisare inoltre la stessa differenza nella legge del 23 marzo 1855 su la trascrizione: dunque tale azione è impossibile, atteso l'art. 883.

E cotesta conclusione è altronde imposta da altri motivi ancora notevolissimi:

« Imperocchè le divisioni, dichiara la Corte di cassazione, determinano spesso la sorte e lo stato di più famiglie; e non potrebbero, senza i più gravi inconvenienti, rescindersi per una inesecuzione qualsivoglia da parte di uno de' dividendi. » (Arresto C. cass. 29 dic. 1829, Dussargues, D., 1830, I, 35).

« Atteso », dichiara eziandio la Corte di Nancì, che le divisioni, riguardando d'ordinario i diritti di più persone, formano un titolo comune, il quale può risolversi unicamente col consenso di tutti gl'interessati, che non può dipendere da alcuni de' dividendi lo annientare ciò che venne determinato da tutti; che, se non avvenisse così, due dividendi potrebbero porsi di accordo per far risolvere, ad onta della opposizione degli altri, la divisione, che non convenisse più loro, l'uno non pagando il pareggiamento, l'altro cogliendolo pretesto per dimandare la risoluzione; che il legislatore volle ovviare a talo inconveniente, e che, con tale scopo, limitò i diritti de' dividendi pel pagamento del pareggiamento di quote, al privilegio stabilito con l'art. 2103. » (Decis. 27 luglio 1838, Voirelle, Dev., 1838, II, 370; confr. decis. C. di Metz 22 dic. 1820, Sirey, 1824 II, 338, di Besanzone 25 giugno 1828, Poullet, D., 1829, II, 432, arresto C. cass. 9 mag. 1832, Lanjamet, Dev. 1832, I, 478; Fonèl de Confians, art. 883, n. 3; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 883, osserv. 4. Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 267; Ducaurroy, Bonnier, e Roustaing, t. II, n. 790; Demante, t. III, n. 225 bis, IV; Duvergier

sopra Tonl'ier, t. II, n. 563, nota a, Demangeat, Rivista pratica di diritto francese, 1857, p. 274 e seg.)

1566. — Per applicazione dello stesso principio il coerede aggiudicatario dietro licitazione non va sottoposto alla rivendita in danno (confr. i su riferiti giudicati, supra, n. 308; arresto C. cass. 22 mag. 1833, Duhamel, Dev., 1835, I, 241; Aubry e Rau sopra Zachariae, loc. supra cit.)

1567. — Ma potrebbe forse stipulare, sia in un atto di divisione o altro atto equipollente, sia nel quaderno delle condizioni di un'aggiudicazione dietro licitazione, potersi dimandare lo scioglimento della divisione o il coerede aggiudicatario andar sottoposto alla rivendita in danno, per mancanza di pagamento del pareggiamento di quote o del prezzo?

Tal quistione è molto più grave.

Per la negativa puossi ragionare nella seguente guisa:

1. L'art. 883 è concepito in termini assoluti, e per così dire imperativi, per modo che determina lo essenzial carattere della divisione (Arresto C. cass. 23 ag. 1853, Lefebvre, Dev., 1854, I, 707);

Or non potrebbe essere in facoltà delle parti il mutare lo essenzial carattere di un atto, tal quale lo stesso legislatore lo determinò (supra, n. 282).

2. Altronde il legislatore aveva al certo il potere d'imprimere cotesta forza obbligatoria alla finzione stabilita dall'art. 883; dappoichè la divisione non è una convenzione, come un'altra, che emani assolutamente dall'a sola volontà delle parti; è un atto che forma la conseguenza necessaria dello stato d'indivisione; è un atto eziandio che interessa la pace delle famiglie, la sicurezza de' terzi, la stabilità de' domini; e di fatti tali sono le considerazioni di ordine pubblico che indussero il legislatore a stabilire la disposizione dell'art. 883.

E, sotto questo novello punto di veduta, neppure si potrebbe ammettere le parti potervi derogare (art. 6 — 7); tanto più che, permessa una volta queste specie di patti, al certo diverrebbero di stile, come dicesi, in tutti gli atti di divisione o licitazione (confr. il nostro Trattato della Pubblicazione, degli Effetti e dell'Applicazione delle leggi, ec., n. 20); e la società troverebbesi quindi privata di tutti i vantaggi tanto ben riconosciuti della regola della divisione dichiarativa

(confr. decisi. C. di Bordò 22 marzo 1834, Buxedin, Dev., 1834, II, 460; di Rouen 18 giugno 1844, Lefebvre, Dev., 1844, II, 471, decisioni cessate, infra; Duvergier sopra Toulhier, t. II, n. 563, nota a, e Trattato della Vendita, t. II, n. 144 e seg.

Ad onta della gravanza di tali motivi non crediamo dover suggerire la dottrina che se ne desume:

1. È regola essenzialissima da mantenere altresì le convenzioni legalmente formate aver forza di legge tra coloro che le fecero (art. 1434 — 1488): or la divisione è una vera convenzione la quale ritrae sua esistenza dalla comune volontà delle parti: è ben vero esser questa una convenzione che la indizione rende necessaria; ma ad evidenza è sempre una convenzione: dunque le diverse clausole onde si compone debbono formarsi alla legge tra le parti.

2. Esclamasi cotesta clausola di scioglimento non trovarsi *legalmente formata*, essendo contraria al essenziale carattere della divisione, come rinviensi determinato dall'art. 883, in conformità di considerazioni di ordine pubblico.

Ma in ciò crediamo esagerarsi la estensione di quello articolo.

Si indubitabilmente l'art. 883 dichiara la divisione esser dichiarativa; e da ciò si è ragionevolmente inferito, a ereder nostro, non andar sottoposta alla condizione risolutiva per mancanza di pagamento del prezzo o del pareggiamento di quote, e le parti le quali, col loro silenzio su tal punto, si rimettono puramente e semplicemente alle disposizioni della legge su lo effetto della divisione; non intender quindi neppure stipulare tacitamente tal condizione risolutiva.

Ma è questa semplicemente una conseguenza naturale e non essenziale emergente dall'art. 883.

Forse, per esempio, l'art. 883 osta al farsi dalle parti una divisione sotto condizione risolutiva casuale? noi potremmo immaginarlo: or, ammesso una volta la divisione potersi fare sotto condizione risolutiva, per qual ragione non potrebbe farsi sotto la specie di condizione risolutiva in esame?

Obbietterassi tal condizione offrire il particolare pericolo poter risultare dal concerto frodolento dell'erede che dee il pareggiamento delle quote con l'erede cui va dovuto, venir risolta riguardo a tutti gli altri coeredi? Risponderemo essere stata questa la condi-

zione, sotto la quale essi medesimi vollero farla, e conseguentemente non dovere dolersene nè essi, nè i terzi, creditori, compratori o altri; dappoichè han potuto e dovuto leggere l'atto di divisione o aggiudicazione prima di contrattare con uno de' coeredi; e finalmente, qualora vogliano impedire la risoluzione, ebbene! possono pagare il pareggiamento di quote o il prezzo al coerede cui son dovuti, senza il loro regresso avverso il coerede che li dee.

3. Finalmente osserviamo il giuridico carattere della divisione, tal quale rinviensi imperativamente determinato di fatti con l'art. 883 (*supra*, n. 282), non rimanere, per tal circostanza, annientato; dappoichè la divisione sarà dichiarativa sino a quando non verrà risolta; e, appena sarà risolta, per contrario, non sarà più dichiarativa né traslativa, non essendovi più divisione.

Precisamente in tal senso la giurisprudenza sembra andarsi consolidando; e dobbiamo anzi convenire il timore manifestato da' propugnatori della opposta dottrina questa clausola divenire di stile avverarsi di fatti eziandio in pratica; dappoichè la clausola risolutiva viene ora inserita nella maggior parte dei quinderni di condizioni delle aggiudicazioni dietro licitazione! Ma al postutto non è ciò forse abbastanza giusto? La esperienza ha dimostrato che i più audaci obblatori, fra coeredi, non sempre sono i più prudenti, nè quelli che meglio valutano i lor mezzi! Dunque è forza che i coeredi, i quali non credettero potere rendersi aggiudicatarii, sieno vittime di un coerede disaccorto, il quale abbia comprato senza sapere come potrebbe pagare! e non è forse naturale ed equo cercarsi dai coeredi il premunirsi da cotesto pericolo! (Confr. il tomo III, n. 643; arresti C. cass. 9 mag. 1834, Chastel, Dev., 1834, I, 523; 27 mag. 1835, Moreau, Dev., 1835, I, 341; decisi. C. di Limoges 14 ag. 1839, Mosuier, Dev., 1840, I, 123; di Bourges 13 genn. 1845, Lallemand, Dev., 1846, II, 407, arresto C. cass. 6 genn. 1846, Lefebvre, Dev., 1846, I, 420; decisi. C. di Bordò 8 maggio 1848, Coussiron, e 3 mar. 1852, Faure-Muret, Dev., 1852, II, 423, di Nîmes 30 ag. 1853, Bonneau, Dev., 1854, II, 368; Rolland de Villargues, Rep. del notariato, v. Risoluzione, n. 20; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 883, osserv. 4; Chauveau sopra Caribé, Leggi della proc., quist. 2305; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 268).

1568. — Ma l'amministrazione del registro non potrebbe forse pretendere la stipulazione di questa condizione risolutiva per mancanza di pagamento del prezzo o del pareggiamento di quote aver mutato il carattere della divisione; averne formato un atto traslativo e non dichiarativo; ed esservi luogo conseguentemente alla riscossione del diritto proporzionale?

E, per lo stesso motivo, non potrebbesi forse sostenere altresì le ipoteche o altri pesi costituiti, durante la indivisione, su gl'immobili ereditarij, da parte di uno de' coeredi, continuare a gravare gl'immobili medesimi, dopo la divisione, nelle quote degli altri coeredi?

Non potrebbesi forse in tal senso ragionare nel seguente modo:

Per qual motivo la condizione risolutiva non può invocarsi in materia di divisione, in mancanza di stipulazione speciale? il motivo si è che la divisione si considera dichiarativa: dunque, se la condizione risolutiva può invocarsi, potrà esserlo per la opposta ragione, val dire perchè la divisione si riguarderà come traslativa.

Ma preventivamente risponderemo (supra, n. 340) la stipulazione di tal condizione risolutiva non mutare il carattere giuridico della divisione:

« Atteso, dice con sommo fondamento la Corte di cassazione, che la clausola di risoluzione sarebbe non già un attentato recato al carattere giuridico della divisione, ma soltanto la determinazione del caso e delle condizioni in cui reputerebbesi sussistere fra le parti » (Arresto 6 genn. 1846, Lefebvre, loc. supra cit.)

1569. — Dall'art. 883 è noto desumere ancora la conseguenza non esservi luogo alla trascrizione dell'atto di divisione:

Nè ad oggetto di trasferire la proprietà, non essendo un titolo traslativo, un titolo di acquisto;

Nè ad oggetto di purgare, trovandosi le ipoteche costituite da parte de' suoi coeredi, su gl'immobili spettati a ciascuno di essi, di pieno diritto sciolte.

Quindi un tempo, ne' paesi di pegno, desumeresi dallo effetto dichiarativo non esservi necessario il pegno (confr. Merlin, Rep., v. Pegno, § 4, n. VI-6.)

E similmente la legge del dì 41 nebbioso anno VIII, la quale imponeva la trascrizione di tutti gl'atti traslativi di proprietà, neppure

richiedeva la trascrizione degli atti di divisione (confr., Merlin, Quist. di dir. v. Divisione, § 8).

Non pertanto è da riflettere, nel così detto progetto Jacqueminot, la disposizione racchiusa nell'art. 883 rinvenirsi seguita da un secondo comma concepito nella seguente guisa:

« Nondimeno la divisione degli immobili produce tale effetto, relativamente a persone terze, sol dopo essersi trascritto l'atto di divisione in'registri del conservatore delle ipoteche del disretto in cui trovansi siti gli immobili medesimi. » (Fenet, t. I, pag. 430).

E rammentisi che, in questi ultimi tempi, parecchi fra' nostri giureconsulti ed economisti più autorevoli dimandarono gli atti di divisione venir sottoposti alla formalità della trascrizione; ed eziandio il progetto di legge su la riforma ipotecaria, presentato nel 1850 all'Assemblea legislativa, conteneva una disposizione in tal senso.

Non pertanto, come la disposizione del progetto Jacqueminot erasi eliminata da' compilatori del Codice Napoleone, così del pari la disposizione del progetto del 1850 fu eliminata dalla Commissione dell'Assemblea legislativa; e poscia la legge del 23 marzo intorno alla trascrizione neppure sottopose gli atti di divisione a questa formalità (confr. art. 1 ed il Rapporto di Belleyne; ved. pure decis. C. di Caen, 2.^a cam., 25 mag. 1844, Picquot; Monrion, Rivista prat. di dr. franc., 1859, t. VIII, p. 413 e seg., e p. 209 e seg.)

1570. — Finalmente facciamo menzione, su questa prima parte, di una decis. della Corte di Rennes, onde venne statuito, con sommo fondamento, il minore divenuto di età maggiore non avere ipoteca legale su' beni del padre, tutore, pel credito del prezzo di un immobile loro pertinente per indiviso, e di cui il padre siasi renduto aggiudicatario dietro licitazione dopo la maggiore età del figlio;

« Considerando che ... la finzione di diritto la quale fa reputare il coerede proprietario dal giorno dell'apertura della successione, non può estendersi oltre i suoi termini e da un caso all'altro ...; e che sarebbe ricalcitrante alla ragione il potere un credito preesistere alla sua causa. » (Decis. 34 marzo 1844, Jeglot, Dev., 1844, II, 423).

1571. II. — Ci rimane ora a disaminare unicamente se la regola della divisione dichiarativa sia applicabile rispetto a' terzi che

on si trovino, come aventi causa di uno dei coeredi, in relazione con gli altri coeredi (supra, n. 300).

È primamente una delle più rilevanti questioni che qui sorgono: si è se la regola medesima debbasi applicare fra uno degli eredi ed i terzi con cui trovansi in relazione di società o comunione.

È noto, a cagion di esempio, che i mobili provenienti a' coniugi, durante il matrimonio, a titolo di eredità, cadono nella comunione legale; mentre per contrario gli immobili, loro provenienti allo stesso titolo, rimangono di loro particolare proprietà (art. 1401, 1402).

Ebbene! che mai converrà statuirci:

1. Se una eredità in parte mobiliare ed in parte immobiliare essendo spettata ad uno dei coniugi, costui non abbia conseguito, pel risultato della divisione, come diceva Valin (*infra*), la sua porzione contingente di mobili ed immobili; se abbia consegnato, nella sua quota, soltanto mobili o più mobili che immobili proporzionalmente alla sua quota ereditaria; o vice versa in inverso senso?

2. Se essendo la eredità meramente immobiliare, ovvero in parte immobiliare ed in parte mobiliare, il coniuge erede abbia ricevuto, per la sua parte in uno o più degli immobili della eredità, un pareggiamento di quote o un prezzo di licitazione pagatogli dai suoi coeredi; o vice versa in inverso senso?

Forse in ambedue i casi, secondo il risultato della divisione, dovranno determinarsi i diritti rispettivi del coniuge e della comunione?

Ovvero per contrario, debbesi, senza aver riguardo al risultato della divisione, considerare la porzione di mobili ed immobili che avrebbe dovuto spettare al coniuge, avuto riguardo alla totale composizione della massa; per modo che potrebbero doversi compensamenti, secondo i casi, sia dalla comunione al coniuge, sia dal coniuge alla comunione? (Art. 1433, 1437).

Di malagevole scioglimento è tal questione; e tre vari sistemi, già campeggianti nel nostro antico diritto ancora oggidì veggionsi campeggiare:

I propugnatori del primo applicano sempre l'art. 883;

I propugnatori del secondo non l'applicano giammai;

Ed i propugnatori del terzo fanno una distinzione.

1572. — A. Il primo sistema veniva un tempo seguito da Bourjon il quale, adducendo precisamente per motivo esser la divisione diebriativa in Francia, insegnava e in entrambi i casi esser mestieri, rispetto alla comunione, attenersi alle operazioni della divisione, eccetto quando la frode fosse manifesta; diversamente, egli diceva, ciò farebbe investire contesa a contesa, e farne risorgere una che tutta la famiglia estinse col suo concorso; e conchiudeva, come tutti gli immobili spettati al coniuge in forza della divisione doversi considerare a lui particolari, così del pari tutti i mobili spettatigli dover cadere nella comunione, senza distinguere i mobili ereditari provenienti dalla stessa eredità dal peregrinamento di quote o dal prezzo della licitazione pagato al coniuge dal suo coerede col proprio danaro (il *Diritto com. della Francia*, 2. parte, della *Comunione*, cap. II, sez. IV, distinzione III, n. 66-69).

1573. — B. A norma del secondo sistema per contrario l'art. 883 tornerebbe sempre straniero al determinamento de' diritti rispettivi del coniuge e della comunione.

Tale era un tempo il sentimento di Lebrun (della *Comunione*, lib. I, cap. V, sez. II; distinzione I, n. 40-43, e 78-80).

Valin il professava eziandio nel modo più esplicito (sulla *Cons. della Roccella*, art. 48, § 2, n. 7).

E tal sistema ancora oggidì viene sostenuto da considerevoli propagatori:

1. La finzione della divisione dichiarativa è stata, dicesi, stabilita nell'unico scopo di determinare le relazioni degli stessi coeredi verso i loro coeredi e gli aventi causa di ciascuno di essi (supra, n. 300): or trattasi qui di determinare un ben diverso ordine di relazioni ed interessi: dunque allora torna inapplicabile questa finzione.

2. Il primo sistema già esposto (n. 315) trovasi pressappoco abbandonato oggidì; e generalmente ammettisi la parte spettante al coniuge, a titolo di pareggiamento di quote o di prezzo, per effetto della divisione o della licitazione degli immobili ereditari, ricadere nella comunione salvo compensamento; val dire ammettersi in tale ipotesi l'articolo 883 non dover determinare le relazioni del coniuge e della comunione; dappoichè se allora l'articolo 883 dovesse formare la regola, questo pareggiamento di quote o prezzo dovrebbe ricadere nella comunione senza compensamento; dappoichè,

in conformità dell' art. 883, reputandosi il coniuge non avere mai avuto alcun diritto nello immobile attribuito dalla divisione o aggiudicato dietro licitazione ad uno de' suoi coeredi, il pareggiamento di quote o il prezzo non potrebbero considerarsi, nella sua persona, rappresentare un diritto immobiliare, ebe reputerebbesi non aver mai avuto;

Or l' art. 883 non distingue la divisione in natura dalla divisione con pareggiamento di quote o dalla licitazione; per contrario as siniglia, sotto tutti i rapporti, cotesti varii modi di divisione;

Dunque è mestieri, nella su riferita quistione, sia applicarlo interamente, sia interamente eliminarlo; e toltocchè si conviene tornare impossibile applicarlo in caso di divisione con pareggiamento di quote o licitazione, è forza convnirci esser pure impossibile applicarlo in caso di divisione in natura.

Altronde cotesta distiozione sarebbe del pari dissonante dalla ragione e dal testo della legge: di fatti nella maggior parte le eredità si compongono di mobili ed immobili; e spessissimo i coeredi ereditano di un pareggiamento di quote o di un prezzo di licitazione, per immobili spettati o aggiudicati a' loro coeredi, ne vengono soddisfatti mercè attribuzione di valori mobiliari provenienti dalla eredità; per modo che la quistione se il pareggiamento di quote o il prezzo della licitazione cadesse nella comunione, con o senza compensamento, dipenderebbe da un semplice accidente di divisione, secondo che il pareggiamento di quote o il prezzo venisse pagato dal coerede debitore col proprio danaro, o valori mobiliari della eredità venissero attribuiti sino alla debita concorrenza all'erede che ne sia creditore!

3. Finalmente, dicesi; cotesto sistema vien pure imposto imperiosamente, sia dall' art. 409^o — 1050; il quale vieta i vantaggi irrevocabili fra coniugi durante il matrimonio, sia da l' art. 1437 il quale per san cire precisamente tal divieto, stabilì la teoria de' compensamenti scambievoli fra' coniugi e la comunione: di fatti è manifesto l'applicazione dell' art. 883 alle relazioni dei coniugi e della comunione essere di natura tale da arrecare la più grave offesa a' principii stabiliti con gli art. 1046 e 1437, val dire da favorireggare gl' indiretti vantaggi, ed ezianodio molti generi di frode (confr. Aubry e Rau sopra Zachariae, tit. V, §. 269-271.).

1574 — C. Son questi i due primi sistemi, e non potrebbesi al certo disconoscere la gravetza de' motivi su cui poggiano.

Non pertanto entrambi non ci sembrano doversi seguitare; e, a prescindere dagli argomenti che bentosto addurremo, invocheremo dapprima avverso ciascun di essi alcuni articoli, i quali basterebbero di per sé soli a farli eliminare.

In vero forse l' art. 1558 — 1371 non dimostra, avverso il primo sistema, l' art. 883 non essere sempre applicabile in materia di convenzioni matrimoniali, quando dichiara la parte del prezzo spettante alla moglie nella licitazione dello immobile dotale indiviso con persone terze esser dotale, e doversi impiegare come tale a pro della moglie?

E, avverso il secondo sistema, l' art. 1408 non dimostra forse, alla volta sua, l' art. 883 essere applicabile fra il coniuge e la comunione, quando dichiara l'acquisto fatto, durante il matrimonio, a titolo di licitazione o diversamente, di porzioni di un immobile, di coi uno de' coniugi fosse proprietario indiviso, non formare un acquisto della comunione? Ben conosciamo cotesta disposizione dell' art. 1408 potersi spiegare ancora in altra guisa, affermando esser questo un effetto dell'accesione ed un incremento di proprietà; ma Boorjon, il qua' e così esprimevasi sotto l'impero del nostro antico diritto, spiegavano pure la disposizione medesima mercè lo effetto dichiarativo della divisione (loc. supra cit., dist. n. 11, n. 14; confr. articoli di Pont e Marcadé, *Rivista crit. di giurispr.*, t. I, p. 203 e 528.).

Dunque i sistemi assoluti sembrano qui inaccettabili.

E quindi dobbiamo scendere alla disamina del terzo sistema, di quello che rispetto a noi crediamo dover suggerire, ed il quale consiste precisamente nel distinguere la divisione in natura dalla divisione con pareggiamento di quote o dalla licitazione.

Trattasi forse della divisione in natura dei mobili e degli immobili della eredità? il risultamento appunto della divisione formar dee la regola fra il coniuge erede e la comunione.

Trattasi forse di un pareggiamento di quote o di un prezzo, per effetto della divisione o de la licitazione di un immobile ereditario? il pareggiamento o il prezzo medesimo rappresenta lo stesso immobile pel determina-

mento de' diritti rispettivi del coniuge e della comunione:

1. Primieramente osserveremo Pothier, combattendo nel tempo stesso Bourjon, e Lebrun, insegnare, sotto l'impero del nostro antico diritto, cotesta dottrina nel più chiaro e stabile modo (della comunione, Part. I, cap. II, n. 100; e Part. IV, cap. I, n. 629, 630).

Or è questa una prima e potente ragione di credere i compilatori del Codice averla essi medesimi inteso sacrire; dappoichè è noto, quasi dovunque, e segnatamente in tutto ciò che riguarda la comunione di beni fra coniugi, le obbligazioni, ec., avere egliino ammesse la dottrina di Pothier; e, relativamente all'art. 883, puossi ravvisare essersi desunto di fatti, quasi parola per parola, dalle opere di Pothier, il quale insegnò « *ciascun coerede reputarsi succeduto solo immediatamente al defunto, in tutti gli effetti compresi nella sua quota, e non essere succeduto in alcuno di quelli compresi nella quota de' suoi coeredi* » (Delle Successioni, cap. IV, articolo V, § 1).

2. Altrove ben lungi dal trasgredire tal distinzione, come si è preteso, le regole della logica e della ragione, avvisiamo potere venire assai convenevolmente giustificata sotto questa duplice veduta.

Effettivamente, trattandosi de' beni della eredità degli stessi corpi ereditarii, ciascuno de' coeredi, vi ha, durante la indivisione, un diritto indeterminato e veramente alternativo, di cui non puossi affermare in qual proporzione si applichi, sia a' mobili, sia agl' immobili: la sua parte indivisa è, come diceva Lapeyrère, sparsa sul tutto! (Lettera H, num. 38).

La sola divisione, alla condizione della quale il suo diritto va sottoposto, determinerà, come fa il pagamento di una obbligazione alternativa di parecchie cose di varia natura la proporzione de' mobili e degl' immobili ereditarii, secondo cui il coniuge sarà succeduto al defunto (supra, n. 261).

Soggiugniamo allora trovarsi perfettamente uo' termini dell'art. 883, il quale dichiara ciascun coerede reputarsi succeduto solo in tutti gli effetti compresi nella sua quota: or tutti gli effetti compresi nella quota del coniuge eredo essendo effetti eziandio della eredità, ed i quali appartennero al defunto, è mestieri ammettere, con l'articolo in esame, reputarsi esservi solo succeduto, sia qualunque la loro natura.

Sommamente diversa è la divisione mercè il pareggiamento di quote o la licitazione, per effetto di cui il coniuge acquista un valore, il quale non formava parte della eredità, e cui conseguentemente il suo diritto alternativo non ha mai potuto applicarsi.

Imperocchè questo pareggiamento di quote o prezzo non sono effetti della eredità, non appartennero mai al defunto; e conseguentemente, anche in conformità dell'art. 883, il coniuge erede non può reputarsi averli direttamente dallo stesso defunto, che non li ebbe giammai!

Ecco precisamente ciò che Pothier spiega con la sua ragione e la sua chiarezza abituali.

E tanto altresì la legislazione fiscale non tralasciò discernere ed ammettere (supra, num. 303).

Ma si esclama: Ecco dunque introdotta nella legislazione civile le distinzioni della legislazione fiscale su l'applicazione dell'articolo 883!

Eh! indubitabilmente! ma non ve le introduciamo noi: già rinvenivansi nel nostro antico diritto francese, in cui il legislatore del 1804 attinse la disposizione di questo articolo; ed abbiamo già osservato di fatti parecchi articoli del nostro Codice espressamente riferirvisi (art. 1408, 1558 — 1371).

3. Finalmente è mai vero cotesto sistema essere essenzialmente contrario agli art. 1096 e 1437 — 1050? Ma risponderemo ancora le disposizioni, riprodotte in questi due articoli, esistere puramente nella nostra antica giurisprudenza francese; e non erasi diviso, segnatamente Pothier non divideva ostare esse alla dottrina già adottata un tempo e che noi oggidì propugniamo.

Di fatti per lo più i coeredi pongonsi di accordo, come la stessa legge lo impone, in guisa da far comprendere in ciascuna quota la stessa quantità di mobili, immobili, diritti e eredità della stessa natura e valore (art. 832 — 751); e quindi non vi sarebbero quasi sempre se non inconvenienti senza effettivo vantaggio, nella dottrina, la quale non vuole che i coniugi e la comunione conseguano diritto scambievolmente secondo il risultamento della divisione. In vero gravissimi sarebbero cotesti inconvenienti; dappoichè la più leale divisione, quella in cui si fosse meglio osservata la disposizione dell'art. 832, nulla proverebbe fra il coniuge e la comunione, e vi sarebbe sempre luogo a rico-

mineiare tra essi novelle operazioni di necessità sempre troppo malagevoli ed incerte. Sarebbe ciò come diceva Bourjon, innestar controversia a controversia! (Supra, n. 315).

Altronde soggiugniamo però estesa dottrina essere applicabile alla sola divisione fatta senza frode e senza affettazione; dappoi- ché non potrebbe esser dubbio esservi luogo a compensamenti fra il coniuge e la comunione, se a bella posta, per impinguare il coniuge in detrimento della comunione o questa in detrimento di quello, la quota del coniuge si fosse composta appositamente di valori che dovessero produrre l'uno o l'altro di tali risul- tamenti (confr. decis. C. di Rennes 31 lug. 1814, Penhoëdic, Sirey. 1813; II, 109; di Nancé 3 marzo 1837, Beugnot, Dev., 1839 II, 202; di Caen 9 marzo 1839, Roland-Roger, Dev., 1839, II, 354; di Douai 9 marzo 1849, Carpentier, Dev., 1850, II, 480; di Caen, 2. cam., 3 genn. 1850, Morin; arresto C. cass. 41 dic. 1850, de Granval, Dev., 1851, I, 253; Toullier, t. XII, n. 149; Du- ranton, t. XIV, n. 447; Odier, *del Contratto di matrimonio*, t. II, n. 79; Pont e Rodière, *cod.*, t. I, n. 434-433; Pont, *Rivista crit. di giurispr.*, t. II, p. 139 e seg.; Troplong, *del Contr. di matrim.*, t. I, n. 444; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. IV, p. 66).

1575. — La stessa dottrina sarebbe appli- cabile al sistema dotale.

E, per esempio, se la moglie, costituen- do i suoi immobili in dote, si avesse riserva- ta la facoltà di alienarli sotto la condizione di un rinvestimento, non vi sarebbe luogo a rinvestimento de' valori mobiliari, che le pro- venissero dalla stessa eredità; mentre per contrario il rinvestimento dovrebbe fare del pareggiamento di quote o del prezzo dovuto- gli da uno de' suoi coeredi per la sua porzione negl' immobili ereditarii (confr. Tessier, *Trattato della Dote*, t. I, p. 275).

Soggiugniamo ancora non isorgersi trop- po a qual titolo i coeredi della moglie che contrasse matrimonio sotto la regola dotale pretenderebbero astringerla ad impiegare la sua porzione de' mobili ereditarii e degli stes- si effetti della eredità; dappoi- ché i mobili medesimi non provengono da essi i qui non evvi debitore, nè creditore: nessuno riceve, nessuno paga, tutti dividono!

Mentre benissimo si comprende quello fra' coeredi, debitore verso la moglie che con- trasse matrimonio, sotto la regola dotale di un pareggiamento di quote o di un prezzo di

licitazione esser tenuto, al pari di ogni altro debitore, di richiedere lo impiego, sotto la condizione del quale soltanto può validamen- te liberarsi (art. 1558 — 1374; confr. decis. C. di Rouen 24 apr. 1828, Contelier, Dev., 1828, II, 441; di Limoges 9 marzo 1843, Ruffières, Dev., 1844, II, 64; di Amiens 19 giugn. 1847, Gardin, Dev., 1848, II, 305, di Caen 9 ag. 1859, Legeard, *Nuova Rac. della giurispr. della C. di Caen*, 1859, p. 514, e seg., ed i giudicati riferiti, *supra*, n. 317; Troplong, *della Vendita*, t. II, n. 876, e *del Contratto di Matrimonio*, tom. IV, nu- mero 3443).

1576. — A creder nostro, ancora questa dottrina dovrebbe seguirsi nel caso in cui uno degli eredi, essendo morto prima della divisione, avesse lasciato un legatario de' suoi mobili ed un legatario degl'immobili.

Dunque il legatario de' mobili conseguireb- be tutti i mobili ereditarii compresi nella quota del testatore; ed il legatario degl'immo- bili conseguirebbe tutti gl'immobili, ed inol- tre il pareggiamento di quote o il prezzo spettante al testatore per effetto della divisi- one o della licitazione degl' immobili eredi- tarii.

1577. — Ma è forse uopo inferirne che, se uno de' coeredi avesse costituito una ipote- ca su la sua parte indivisa in un immobile ereditario, e lo immobile medesimo si fosse aggiudicato dietro licitazione ad un altro ere- de, la porzione del prezzo dell'aggiudicazione spettante al costituente dovrebbeb- be conside- rare, fra' suoi rispettivi creditori, rappresen- tare il suo diritto nello immobile, ed essere destinata al creditore ipotecario in preferen- za de' creditori chirografari?

L'affermativa venne giudicata dalla Corte di Aix (Decis. 23 genn. 1835, Gueymard, Dev., 1835, II, 267).

È estesa soluzione vien pure insegnata nella dottrina da parecchi giureconsulti (confr. Proudhon, *dell'Usufrutto*, t. V, n. 2392; Aubry e Rau sopra Zachariae, t. V, p. 269; Rodière, *Rivista di legisl.*, 1852, p. 309; Duquaire, *Rivista critica di giurispr.*; 1853, t. III, p. 806 e seg.)

Ma, rispetto a noi, non sapremmo sugge- rirla:

A norma dell'art. 2145 — 2001, la ipo-oteca ha luogo ne' casi e secondo le forme permesse dalla legge; e specialmente, a nor- ma dell'art. 2125 — 2044, coloro i quali hanno su lo immobile un diritto sospeso da

una condizione, o risolubile in alcuni casi, possono consentire soltanto una ipoteca sottoposta alle stesse condizioni: or il coerede aveva su lo immobile ereditario, durante la indivisione, un diritto risolubile, trovandosi di fatti risoluto dal risultamento della divisione: dunque l'ipoteca da lui concessa venne risolta nel tempo stesso; e come essa non potette produrre il diritto di perseguire gl' immobili, così del pari non potette neppure produrre il diritto di preferenza.

È ben vero aver noi ammesso questo pareggiamento di quote o prezzo di licitazione doverci considerare rappresentare il diritto immobiliare dell'erede relativamente al doterminamento de' diritti rispettivi de' coniugi, o di due legatarii, uno de' mobili, l'altro degl' immobili (supra, n. 345 e seg.).

Ma è questa una conseguenza de' principii particolari regolatori di tali speciali materie, e la quale, a prescindere dalle altre regole che ci faremo ad esporre nel titolo del *Contratto di matrimonio*, trovasi fondata su la interpretazione della probabile volontà delle parti, sia de' coniugi, sia del testatore.

Nulla di similgiante rinviensi in materia di diritto ipotecario: la proprietà è la base essenziale della ipoteca (ved. il t. IV, n. 512): or l'erede, dopo la divisione o la licitazione per effetto di cui lo immobile, da lui ipotecato, è spettato ad un altro erede, reputasi non essere stato mai proprietario dello immobile medesimo!

Di fatti è questa la dottrina comune intorno a cui anzi non pare in generale muoversi dubbio alcuno, e la quale va dovunque piuttosto sottintesa che formolata.

Quindi la Corte di Caen statui, altronde con sommo fondamento, a voler nostro, che quando, per effetto di licitazione fra coeredi, uno di essi si rendette aggiudicatario degli immobili della eredità, il creditore, il quale aveva una ipoteca su la parte indivisa di un coerede non aggiudicatario, non può dimandare, in forza dell'art. 2134 — 2047, sia novelle cautele, sia la rimborsazione del suo credito (Decis. 25 feb. 1837, Malassis, Dev., 4838, II, 134).

1578. — La Corte di Parigi giudicò la ipoteca, consentita durante la indivisione da uno de' condonini di un immobile, per metà, a lui pertinente, estendersi *alla totalità*, quando, pel risultamento della divisione o della licitazione, lo intero immobile andasse

compreso nella sua quota (Decis. 26 genn. 1824, infra).

Ma quella decisione venne cassata; e noi opiniamo doverlo essere.

Forse ciò vuol dinotare negarci noi ad applicare qui lo effetto dichiarativo della divisione o della licitazione?

Niente affatto!

Ma non è questo, in tale ipotesi, il vero elemento di soluzione.

Si indubitatamente il condono, nella quota del quale trovasi ora la totalità dello immobile, reputasi essere stato solo, ab initio, proprietario della totalità dello immobile medesimo.

E da ciò conseguita che se di fatti, eziandio durante la indivisione, abbia ipotecato la totalità, l'ipoteca dopo la divisione, colpirà bene debitamente la totalità (supra, n. 304).

Ma apparentemente non conseguita che, se abbia ipotecato per contrario la metà, la ipoteca debba estendersi alla totalità, val dire oltre i limiti che la convenzione delle parti le aveva attribuiti; e ciò tanto meno in quanto che la ipoteca convenzionale essenzialmente speciale (art. 2129 — 2045):

Or, nella specie, il condono aveva ipotecato la metà indivisa, come avrebbe potuto ipotecare la metà di un immobile, di cui fosse stato già proprietario per lo intero nel momento in cui fu costituita la ipoteca.

Dunque l'ipoteca non poteva estendersi oltre questa metà.

In altri termini l'elemento di soluzione non rinvenivasi qui nella regola della divisione dichiarativa; e tal questione dipendeva unicamente dalla interpretazione della volontà delle parti (confr. arresto C. cass. dic. 1826, Brunement, Sirey. 1827, I, 171, Duvergier: sopra l'oullier, t. II, n. 563, nota a: Duranton, t. VII, n. 521; Demante, t. III, n. 226 bis, VI).

1579. — Lo stesso elemento di soluzione, val dire la interpretazione della volontà delle parti, converrebbe interrogare in tutte le altre ipotesi similgianti.

A cagion di esempio, se uno de' coeredi abbia, durante la indivisione, costituito in dote, venduto, donato o legato la sua parte indivisa in un immobile della eredità, la costituzione dote, la vendita, la donazione o il legato dovranno in generale comprendere la parte cui aveva diritto prima della divisione, anche quando, pel risultamento di divisione, lo in-

lero immobile fosse a lui spettato (confr. decis. C. di Limoges 22 lug. 1835, Grancoin, *Rev.*, 4839, II, 299).

La qual cosa non impedisce che, se abbia per contrario, durante la indivisione, costituito in dote, venduto, donato o legato la totalità dello immobile con la intenzione di farlo di disporo della totalità, la costituzione dotala, la vendita, la donazione o il legato comprendano la totalità, se gli sia spettato lo intero immobile (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 271).

4580. — Ma in queste ipotesi che mai avverrebbe, se lo immobile, che il coerede, durante la iudizione, avesse costituito in dote, venduto, donato o legato, sia per una porzione, sia per lo intero, ricadesse nella quota di altri coeredi?

Quistione ancor d' intenzione!

Vi sarebbe luogo ad esaminare se l'erede in caso di costituzione dotala o di vendita, abbia inteso contrarre la obbligazione di garanzia; e generalmente tal quistione ci porrebbe doversi risolvere nel senso dell' affermativa.

Relativamente alla donazione o al legato, potrebbesi pur sostenere, con molta efficacia, il donante o gli eredi del testatore esser tenuti a pagare al donatario o al legatario il valore dell' oggetto donato o legato, sia parzialmente, sia totalmente, secondo che si fosse donato o legato parzialmente o totalmente (arg. dall' art. 1423 — 1404). E ben vero la donazione o il legato non generare l'obbligo di garanzia: quindi non dovrebbe costituir questo un mezzo pel donatario o pel legatario; ciò che dovrebbe affermare si è essere stato intendimento del donante o del testatore trasmettergli, cum omni causa, l'oggetto di cui abbia disposto a suo pro, e conseguentemente trasmettergli il valore, in mancanza dello stesso oggetto: quindi la esenzione di garanzia competente al donante o agli eredi del testatore non debbe giugnere sino a permetter loro di ritenere il valore dell' oggetto donato o legato, per modo che avviene la donazione o il legato non avere menomamente diminuito il patrimonio del disponente.

Son queste, come ben si ravvisa, quistioni d' interpretazione, la cui soluzione va particolarmente subordinata alle circostanze, e le quali verranno risolte nello esaminare gli art. 1024, 1423 e 1599 — 975, 1444, i quali rappresentano di fatti eziandio la par-

DEMOMOLSE, Vol. VIII.

te loro in tali controverse quistioni (confr. in senso diverso decis. C. di Metz. 30 marzo 1816; Delattre, Sirey, 4419, II, 50; di Caen, 2 camera, 23 marzo 1838, Goubert; Zachariae, Aubry o Rau, t. V, p. 537; Coia-Delisle, ut 1021, n. 43; Duranton, t. IX, n. 248 — 250; Troplong, *delle Donaz. fra vivi e de'testam.*, t. IV, n. 4950-4953).

4581. — Dal non costituire la divisione o l'aggiudicazione dietro licitazione un titolo di acquisto, è mestieri eziandio inferirne non potere di fatti considerarsi come giusto titolo suscettivo di servire di fondamento alla prescrizione di dieci o venti anni (articolo 2265 — 2471).

E ben vero il romano diritto ritenere la opposta sentenza (*cod. L. 47, ff. de Usurpat. et usuc.*).

Ma precisamente per diritto romano la divisione costituiva un titolo traslativo di dominio (*supra*, n. 253).

I nostri dotti colleghi Aubry e Rau, i quali insegnano parimente la divisione, appo noi, non essere un giusto titolo di natura da fondar la prescrizione, soggiungono nondimeno cotesta soluzione non derivare dal principio stabilito con l' art. 883, ed esser mestieri giustificarla soltanto mercè la idea, essendo la divisione sostitutiva anziché investitiva, non creare una novella causa di possesso (sopra Zachariae, t. V, p. 272).

Ma tutto ciò senza fondamento; dappoiché il nostro diritto francese considerò la divisione come svestitiva, e conseguentemente la considerò pure come dichiarativa (confr. decis. C. di Colmar 9 feb. 1848, Chiesa protestante di Boffenheim, G. del F., 1854, t. II, p. 24; Duranton, t. XXI, n. 370; Troplong, *della Prescrizione*, t. II, n. 886).

4582. — Dunque l'erede può soltanto continuare il possesso del suo autore.

Ma parimente può continuarlo sin dal giorno dell'apertura della successione; e la stessa retroattività della divisione la fa considerare aver di fatti posseduto, sin da quel giorno, per la totalità e non soltanto per la sua parte gli oggetti compresi nella sua quota.

Consequentemente può unire al suo particolare possesso non solo quello del suo autore, ma eziandio quello che ebbero collettivamente gli uni per gli altri tutti i coeredi, durante la indivisione (confr. il tomo III, n. 483; Duranton, t. VII, n. 544; Taulier, t. III, p. 383, 384; Troplong, *della Prescrizione*, loc. *supra* cit.).

1583. — Il principio stabilito con l'art. 883 può far sorgere, in materia di prescrizione, gravissime contese.

A cagion d'esempio non terzo, durante la indivisione, sia per acquistare con prescrizione una cosa o un diritto qualsivoglia avverso la eredità.

Ma, fra' coeredi, alcuni sono di età maggiore, altri di minore età (art. 2252—2258); ovvero evvi una donna maritata sotto la regola dotale (art. 1561, 2255—1374, 2461); oppure uno abita nel perimetro giurisdizionale della Corte in cui lo immobile è sito, e l'altro abita in un perimetro giurisdizionale diverso (art. 2265 — 2474).

In cotesti varii casi forse lo evento della divisione determinerà se la prescrizione potette o pur no acquistarsi a pro del terzo medesimo; per modo che troverebbesi acquistata per lo intero, se la cosa medesima vada compresa interamente nella quota di un erede avverso il quale potette decorrere; mentre non troverebbesi incorsa per alcuna porzione, se per contrario la cosa cada interamente nella quota di un erede avverso il quale la prescrizione non potette decorrere?

Con parecchi giudicati importantissimi si statui per l'affermativa (Confr. arresti C. cass. 2. dic. 1845, Auquet, Dev., 1846, I, 21; 29 ag. 1853; Lefèvre, Dev., 1854, I, 707; Marcadé (su l'art. 2252); Deville-Neuve, Osservazioni, loc. supra, nota 4).

Ma già imprendemmo a dimostrare che, almeno quando trattisi di cose indivisibili, la prescrizione sospesa a pro di uno de' coeredi, durante la indivisione, debbasi considerare, sospesa a pro di tutti i coeredi: la prova ci sembra positivamente emergere dagli art. 709 e 710 — 630 e 634 (confr. il nostro Trattato delle Successioni, t. II, n. 999; Pothier, della Prescrizione, n. 141; Trop-Long, della Prescrizione, t. II, n. 441).

4584. — Che mai converrebbe statuirci nel caso in cui la cosa fosse divisibile?

Se la cosa, per lo evento della divisione, interamente ricada nel' quota di quello fra' coeredi avverso cui la prescrizione poteva decorrere, il terzo potrà forse opporgli la prescrizione per lo intero?

E, se la cosa trovisi compresa per contrario nella quota di quello fra' coeredi avverso cui la prescrizione non poteva decorrere, il terzo non potrà opporgli la prescrizione per alcuna porzione?

Tal sarebbe la duplice conseguenza della

regola della divisione dichiarativa, se la regola medesima tornasse qui applicabile.

Ma riesce agevole lo scorgere tal conseguenza non essere menomamente soddisfacente.

In vero nel primo caso il coerede, avverso cui la prescrizione potette decorrere, troverebbesi ad evidenza sacrificato, se dovesse solo sopportare il peso della intera evizione di una cosa la quale forse coostituirebbe il maggior valore, ovvero tutto il valore della sua quota, per guisa da non rimanerli più nulla! dappoichè finalmente, durante la indivisione, la prescrizione non potette decorrere avverso di lui se non per la sua parte: e quindi le altre parti non potettero attribuirgli nella divisione se non sotto la condizione dell' obbligo di garanzia da parte dei suoi coeredi!

E, nel secondo caso, precisamente il terzo possessore troverebbesi ad evidenza sacrificato; dappoichè aveva, durante la indivisione, acquistato la porzione di quelli fra' coeredi avverso cui decorsa la prescrizione (ved. il tomo III, n. 481 e 547); e non può rimanere privato pel risultamento della divisione, val dire pel fatto de' coeredi i quali non trascurerebbero mai però, in tale occorrenza, adoperare tutti i mezzi possibili per giugnere a cotesto risultamento!

Conseguentemente non sarebbe forse meglio fondato lo affermare che lo effetto dichiarativo della divisione non sarebbe allora applicabile, per la semplicità ragione la cosa in cui un terzo avesse acquistato, mercè prescrizione, la porzione di uno o più dei coeredi, non doversi più io avvenire, comprendere nella massa divisibile?

Io vero debbonsi comprendere nella massa divisibile le sole cose comuni fra' coeredi: o la cosa in cui uno o più de' coeredi perdettero il loro diritto pel risultamento della prescrizione, cessò di esser comune tra essi ed i loro coeredi, ezià di comunione: dunque non debbesi comprendere nella divisione; ed evvi luogo, relativamente alla cosa medesima, ad una particolare divisione fra il terzo che acquistò la porzione da uno o più de' coeredi, e gli altri coeredi avverso cui non potette decorrere la prescrizione.

E ben vero tale argomento non esserci sembrato ammissibile da parte di un terzo cui lo stesso coerede avesse trasmesso la sua porzione indivisa (supra, n. 306).

Ma il terzo compratore, io questo ultimo

caso, è l'aveute causa del coerede il quale non potete trasmettergli se non una proprietà condizionale come la sua, val dire una proprietà sottoposta alla condizione della divisione.

Sommamente diverso è il terzo che acquistò per prescrizione: dappoichè il suo titolo sta nella stessa legge; ed egli non è meno niente l'aveute causa del coerede avverso il quale ha pre-critto. Dunque sarebbe questo il caso di dire: *ma ius est non habere ritulum*...! (Confr. decia. C. di Bordò 23 genn. 1830, Grand, D., 1830, II, 83; arresto C. cass. 12 nov. 1833, Cotty, D., 1834, I, 11; Pothier, della Prescrizione, n. 3; Truplong, della Prescrizione, t. II, n. 868).

485 — Voglian pure, innanzi di abbandonare cotesto vasto subbietto, rammentare qui una rilevante difficoltà sorta, nel diritto commerciale, intorno all'applicazione dell'art. 883 in materia di fallimento.

È noto che, a norma dell'art. 563 C. com. « quando il marito sarà commerciante nel momento della celebrazione del matrimonio, o quando, non avendo allora altra determinata professione, sarà divenuto commerciante entro l'anno, gl'immobili che gli appartenessero al tempo della celebrazione del matrimonio o dappoi pervenuti, sia per successione, sia per donazione tra vivi o per testamento, andranno soli sottoposti alla ipoteca della moglie: « 1. ec. »

Ebbene! trattasi statuì se, quando il marito fosse crede solo in parte, e la totalità di un immobile ereditario siaglisi attribuita con la divisione mediante pareggiamento, o aggiudicata dietro licitazione mediante un prezzo, se, diciamo, le porzioni dello immobile così acquistato dal marito, per quando eccedono la porzione eni aveva diritto, nella sua qualità di erede, durante la indizione, vadano sottoposti alla ipoteca della moglie.

La Corte di Limoges giudicò per l'affermativa con decisione del 14 maggio 1853:

« Atteso che, quando l'art. 563 C. com. ha es'so la ipoteca legale della moglie di un commerciante agli immobili spettanti a questo ultimo, durante il matrimonio, sia per successione, sia per donazione, l'articolo medesimo non ha arrecato veruna derogazione ai principii generali del diritto civile, nè conseguentemente alla regola o finzione legale, racchiusa nell'art. 883 C. Nap.; — Che il

suo silenzio all'uopo dimostra il legislatore rimettersi a' principii generali nella subbietta materia; e che conseguentemente non ha inteso derogare menomamente al modo ed agli effetti della divisione determinati dalle leggi civili; — Atteso che il vocabolo successione, adoperato nell'art. 563 C. com., per qualificare la provenienza de' beni conseguiti durante il matrimonio, è desso medesimo inseparabile dalla idea di una divisione, con tutti gli effetti legali annessivi dal diritto comune... » (Meymat, Dev., 1853, II, 567).

Per quanto gravi sieno cotesti motivi, non crediam nulladimeno dover ammettere la conclusione che se ne desume: e per contrario è nostro diviamento la ipoteca legale della moglie non potersi esercitare in detrimento dei creditori del fallito, su le porzioni dello immobile così acquistate da lui: è questa, a creder nostro, precisamente una di quelle ipotesi come accennammo (supra, n. 302), in cui la regola della divisione dichiarativa, non ostante la generalità di applicazione, che le compete, rinviasi modificata da un testo speciale poggato su particolari principii;

Di fatti, quando il legislatore, con l'art. 563 C. com., dichiara gl'immobili pervenuti al marito per successione o donazione, andar soli sottoposti alla ipoteca legale della moglie, suo essenziale intendimento si è il sottoporre a tale ipoteca i soli immobili acquistati dal marito a titolo meramente gratuito, val dire senza nulla sborsare! Impe-rochè ogni immobile acquistato a titolo oneroso, val dire mercè danaro, si presume di pieno diritto acquistato da lui col danaro dei creditori;

Or, nell'addotto fatto, le porzioni d'immobile di cui trattasi furono effettivamente acquistate dal marito mediante danaro, val dire conseguentemente con danaro, che la legge presume esser quello de' creditori;

Dunque ci troviamo relativamente a tali porzioni, nel caso contemplato con l'art. 563 C. com.; e la generalità del vocabolo successione, in esso adoperato, trovasi quindi necessariamente specificata e definita dal manifesto motivo su cui poggia, e dallo scopo essenziale che si propone raggiungere.

Che mai monta a' creditori essere il loro danaro servito a pagare un pareggiamento o un prezzo di licitazione tostochè precisamente il loro danaro servi a tale uso! e non debbesi

temere, in questo come in ogni altro caso, il pericolo dal quale precisamente l'art. 563 volle preservarli!

Altronde osserviamo cotesta soluzione non impedire assolutamente essere l'art. 883 applicabile alle porzioni d'immobili così acquistate dal marito: soltanto relativamente ai creditori, col danaro de' quali il marito si presume aver pagato il pareggiamento o il prezzo dalla licitazione, per cotesto particolare motivo, la regola della divisione dichiarativa torna inapplicabile relativamente a tali porzioni. Quindi, in un ordine di principii indubitabilmente diverso, ma nulladimeno, analogo a questo, l'acquisto fatto durante il matrimonio, a titolo di licitazione o diversamente di porzione di un immobile, di cui uno dei coniugi era proprietario indiviso, non costituisce un acquisto di comunione; la qual cosa non impedisce che la comunione debba venire indennizzata della somma da essa somministrata per tale acquisto (art. 1408). Se non che il legislatore divisò esser necessario, in materia di fallimento, garantire in modo ancor più energico l'interesse ed il diritto de' creditori.

Dunque cotesta dottrina ci sembra doversi anteporre; ed essa venne pure sancita con due giudicati (confr. decis. C. di Bourges 2 feb. 1836, Pinot, Dev., 1837, II, 465; di Parigi 8 apr. 1853, Dumont, Dev., 1853, II, 565).

§ II.

Della garanzia delle quote.

SOMMARIO

1586. — Quale è mai la causa della obbligazione di garanzia fra' condividenti?

1587. — Continuazione. — La obbligazione di garanzia ha luogo se tutte le divisioni indistintamente.

1588. — Divisione.

1586. — La obbligazione di garanzia fra' condividenti naturalmente spiegavasi, per diritto romano, dal carattere traslativo della operazione; e considerandosi la divisione come alienazione, al pari della permutazione e della vendita, torna va semplicissimo che producesse la stessa obbligazione di garanzia emergente da contratti medesimi (confr. L. 66, § 3, ff. de Evict.; L. 14 Cod. Famil. ereisc.).

Non sembra tanto agevole il rendersi con-

to logicamente di tale obbligazione, nel diritto francese, il quale considera per contrario la divisione come atto dichiarativo, onde i condividenti reputansi aulla reciprocamente trasmettersi.

Di fatti Pothier, non volendo dipartirsi, né anche in tal caso, dalla idea della divisione dichiarativa, insegna « che la sola ragione su cui poggia, nel nostro diritto, la garanzia de' condividenti, si è la eguaglianza, da serbarsi nelle divisioni, trovandosi offesa dalla evizione cui soggiace uno de' condividenti in qualcuna delle cose comprese nella sua quota, la legge, che richiede la eguaglianza medesima astringe ciascuno de' condividenti a ristabilirla. » (*Della vendita*, n. 633).

Ma ciò non è forse scambiare i termini della questione, anziché risolverla? Dopo ciò che rimane allora a conoscere per qual motivo la eguaglianza debba serbarsi nelle divisioni.

Dunque il vero si è non potersi spiegare l'obbligo di garanzia, togliendo via affatto la idea della indivisione esistita fra le parti, e della operazione per effetto di cui cesso (ved. il tomo III, n. 549).

E se per rimanere fedeli alla massima francese della divisione dichiarativa, non vogliamo spiegare la obbligazione di garanzia, ammettendo che la divisione costituisca effettivamente una scambievole alienazione, almeno è forza convenire contenere, da parte de' condividenti, il mutuo riconoscimento dei diritti rispettivi di ciascuno intorno agli oggetti compresi nella sua quota; che il riconoscimento medesimo implica virtualmente la condizione i diritti reciprocamente riconosciuti poggiare sopra oggetti ereditari: dalle quali cose di fatti discende, per ciascuno dei condividenti, l'obbligo scambievole di garantirsi, se la condizione medesima svanisca, val dire se non di essi venga molestato nel possesso degli oggetti compresi nella sua quota (confr. Demante; t. III, n. 226 bis.).

1587. — Altronde neppure è dubbio cotesta obbligazione di garanzia essere ominentemente equa ed unisona allo scopo della divisione, il quale è, innanzi tutto, la eguaglianza.

Quindi ha luogo in tutte le divisioni, sia amichevoli, sia giudiziali; fatte per atto autentico, o in privata scrittura o verbalmente; qualunque sia la causa della indivisione; e senza neppur distinguere fra quali persone la divisione abbia avuto luogo, fra eredi legittimi, successori irregolari, socii, ec.

Il testo generale della legge, unisonamente al suo motivo, non comporta di fatti alcuna eccezione (art. 884 — 804; *confr. supra* n. 266; *Pothier, delle success.*, cap. IV, art. 5. § 3; *Duranton*, t. VII, n. 523; *Chabot*, art. 887, n. 9).

1348. — Dobbiamo, intorno a cotesto subbietto, tre precisi punti esporre, cioè:

I. In quali casi siavi luogo all'obbligo di garanzia;

II. In che mai consista tale obbligazione, e quale siane l'ampiezza;

III. Quale sia la durata dell'azion di garanzia.

I.

In quali casi siavi luogo all'obbligazione di garanzia.

SOMMARIO

1349. — Quattro condizioni sono necessarie per esservi luogo alla obbligazione di garanzia. — *Esposizione.*

1350. — A. La prima condizione si è che il coerede il quale dimanda la garanzia abbia sofferto molestia o evizione. — *Quale è il senso del vocabolo evizione.*

1351. — Quale è il senso del vocabolo molestia? E' non può non confondersi la molestia di diritto con la molestia di fatto.

1352. — Dal caso in cui una cosa spettata ad uno de' coeredi fosse notoriamente gravata di un diritto reale di servizio o altro, ovvero soltanto di un diritto particolare di affitto, senza che nulladimeno il diritto medesimo si sia dichiarato nell'atto di divisione.

1353. — *Continuazione.*

1354. — *Continuazione.*

1355. — Dalla molestia di fatto. — *Fatto non danno luogo all'azione di garanzia.*

1356. — Non potremmo considerarsi come evizione la situazione in quale colpisce un diritto compreso in una delle quote, se la estinzione medesima fosse il risultamento della propria natura dello stesso diritto. — *Esempio.*

1357. — Uno de' coeredi non potrebbe forse in alcuni casi, agire contro i suoi coeredi, anche prima di avere sofferto alcuna molestia?

1358. — L'obbligazione di garanzia applicasi a tutti i beni compresi nella divisione, sia qualunque la loro natura, mobili o immobili, corporali o incorporali.

1359. — I coeredi debbono forse garantirsi la estensione degli immobili assegnati all'una o all'altra della quote con indicazione di una estensione determinata?

1360. — I coeredi legittimati fanno garanzia de' difetti occulti degli oggetti loro spartiti alla divisione?

1361. — B. La seconda condizione, per esservi luogo alla obbligazione di garanzia, si è la molestia o la evizione proceduta da causa anteriore alla divisione. — *Spiega il senso.* — *Esempio.*

1362. — *Continuazione.*

1363. — Debbono forse considerarsi avere una causa anteriore alla divisione la evizione amargente dallo aver coeredi, per errore, nell'atto di divisione, compreso beni non formanti parte della eredità?

1364. — C. E' uopo, in terzo luogo, per poter sorgere la obbligazione di garanzia, che la specie di evizione sofferta non siasi eccettuata con una clausola particolare ed espressa dell'atto di divisione. — Dovrabbasi registrar nulla una clausola generale onde i coeredi scambievolmente si esimersero da ogni obbligazione di garanzia.

1365. — Coaverebbe ascondito dichiarare inefficace la tacita rinuncia alla garanzia, che si pretendesse desumere dal fatto la causa della evizione essere nota all'occorrenza del momento della divisione.

1366. — *Continuazione.*

1367. — E' adunque necessario, per esser valida la rinuncia alla garanzia, avere avuto luogo espressamente, nella speciale previsione di un caso determinato di evizione. — *Motivi.*

1368. — *Continuazione.* — Ma, in questo ultimo caso, se la perdita amargente dalla evizione cagionasse all'erede una lesione maggiore del quarto, non potrebbe forse dimandare, per tal causa, la rescissione della divisione?

1369. — D. La quarta condizione, per esservi luogo alla obbligazione di garanzia, si è il non soggiacere il coerede alla evizione per colpa sua.

1370. — In quali casi potremmo affermare per colpa del coerede soggiacere egli alla evizione? — *Esempio.* — *Quid se il coerede avesse lasciato compiere dopo la divisione una prescrizione cominciata prima della divisione?*

1371. — *Continuazione.*

1372. — Dal caso in cui il coerede avesse trascurato di opporre una tempestiva prescrizione, o altro mezzo, avverso, il titolo o il diritto in forza di cui è stato evinto.

1373. — *Quid, se il coerede avesse dedotto tali mezzi, e fosse nondimeno succumbuto per injuria iudicis?*

1374. — E' rilevante pel coerede il non attendere che sia evinto, per agire in garanzia avverso i suoi coeredi. — *Spiegazione.*

1375. — L'art. 884 — 804 è del tenor seguente:

« I coeredi rimangono vicendevolmente tra loro garanti per le sole molestie ed evizioni procedenti da causa anteriore alla divisione.

« La garanzia non ha luogo se la qualità dell'evizione sofferta è stata eccettuata con una clausola particolare ed espressa dell'atto di divisione: cessa inoltre se il coerede soffre l'azione per propria colpa. »

Da questo testo risulta quattro condizioni esser necessarie per esservi luogo alla obbligazione di garanzia.

E' mestieri:

A. Che il coerede, il quale dimanda la garanzia, abbia sofferto molestia o evizione;

B. Che tal molestia o evizione proceda da causa anteriore alla divisione;

C. Che la specie di evizione sofferta non siasi eccettuata con clausola particolare ed espressa dell'atto di divisione;

D. Finalmente, che non per propria colpa il coerede soggiacque alla evizione.

1590. — A. — E primieramente, diciamo la prima condizione per potere uno de' coeredi esercitare l'azione di garanzia si è provarsi da lui una molestia o una evizione.

Ciò è semplicissimo! Di fatti di che potrebbe mai dolersi, se nessuno lo molestasse? (Ed. nondimeno *infra*, n. 310).

Non per tanto è rilevante il bene intendere tal condizione.

Il vocabolo *evizione*, nel suo etimologico significato, che è pure il primo significato onde fu primamente adoperato nel linguaggio del diritto, esprime l'idea di uno spogliamento di possesso per effetto di una giudiziale sconfitta: *evincere* a *vincendo* in giudizio dicitur. Pothier, il quale ci dà tal definizione nelle sue *Pandette Justinianee* (lib. XXI, tit. II, n. 10), la definisce similmente, nel suo *Trattato della Vendita*, per diritto francese, nel seguente modo: *La evizione è il rilascio che taluno viene a fare di una cosa, in forza d' sentenza che ve lo condanna* (n. 183).

Ma da lungo tempo il vocabolo *evizione* cessò di avere, nella scienza e nella pratica, tale circoscritta significazione; o per contrario viene adoperato, in senso amplissimo, per dinotare ogni specie di perdita o novero, anzi uno de' dividendi può soggiacere negli oggetti spettatigli.

E lo stesso Pothier, nel suo *Trattato delle Successioni*, fini per esprimersi nella seguente guisa:

« A dir breve, quante volte le cose comprese nella mia quota non sieno tali da essere state dichiarate con la divisione, ed io abbia interesse di esserlo, evvi luogo alla garanzia di divisione, anche quando io non soggiacessi ad evizione, come se il fondo compreso nella mia quota sia di ampiezza minor di quella dichiarata dalla divisione. » (Cap. IV, artic. 5, § 3).

Tal ci sembra essere l'attorno il vero principio regolatore della subdita materia, e quello che i compilatori del Codice intesero sancire con gli articoli in esame.

1591. — Quindi non è necessario che l'erede trovi già evinto: basta che venga mo-

lestato nella proprietà, nel godimento o nel possesso di uno degli oggetti spettatigli per essere ammissibile la domanda di garanzia.

Altrove però parliamo di una molestia di diritto, val dire di una domanda giudiziale o stragiudiziale, onde un terzo dimandasse un diritto qualunque.

Come se per esempio, un terzo esercitasse un'azione ipotecaria, per effetto di cui uno de' dividendi si trovasse minacciato di evizione, o se pretendesse avere un diritto di proprietà, in tutto o in parte, o un diritto di usufrutto di uso di abitazione, di servitù o soltanto un diritto di locazione, quando i diritti medesimi non fossero noti in tempo della divisione a colui contro il quale vengono reclamati (*infra*, n. 335).

Ovvero se un terzo si negasse a lasciar esercitare, sul proprio fondo, una servitù considerata, nel momento della divisione, appartenere al fondo compreso in una delle quote.

Converrebbe parimente considerare come molestia suscettiva di dar luogo all'azione di garanzia l'azione possessoria istituita entro l'anno dal dì della divisione, onde un terzo contrastasse ad uno de' coeredi il possesso di una cosa spettatigli (art. 23 C. pr. — 427; *confr.* Chabot, art. 884, n. 27; Duranton, t. VII, n. 526, 527; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 272).

492. — Nondimeno, quando diciamo il dividendo poter agire in garanzia, atteso la domanda formata di un terzo di un diritto reale di usufrutto, o di servitù, ovvero di un diritto personale di locazione, sopra uno degli oggetti compresi nella sua quota, supponiamo la legittima esistenza di tali diritti non essere stata nota a lui nel momento della divisione.

Primamente è manifesto non esservi luogo a garanzia; se la loro esistenza si fosse dichiarata nell'atto; e soggiungeremo esser sempre meglio e più sicuro di fatti il dichiararla.

Ma nulladimeno tal dichiarazione non è indispensabile; e non esitiamo a dividere la garanzia non andar dovuta, nello stesso caso in cui tali diritti non si fossero dichiarati, se la loro esistenza fosse notoriamente nota a' dividendi; come se per esempio, l'usufruttuario, il conduttore o fittajuolo fossero, nel momento della divisione, in pubblico possesso della cosa sottoposta al loro diritto di usufrutto, di servitù o locazione (confr. Duranton, t. VII, n. 536).

1593. — Avverrebbe lo stesso delle servitù

apparenti, o visibili, come affermava Pothier (*loc. supra cit.*; arg. dagli art. 694 e 1638 — 645, 4484; Aubry e Rau sopra Zachariae, t. V. p. 273; ved. il nostro *Trattato delle Servitù*, t. II, n. 713).

1594. — Similmente, ed anche con maggior ragione; debbe anzi avvenire così delle servitù legali, le quali non potrebbero ad evidenza dar luogo ad azione di garanzia; dappoichè costituiscono il modo di essere della stessa proprietà, come viene soltanto riconosciuta dalla legge (ved. pure il nostro *Trattato delle servitù*, t. I, n. 8).

1595. — Relativamente alle semplici molestie di fatto, onde un terzo, senza pretendere alcun diritto, commetta indebite usurpazioni su la cosa, come se, per esempio, un terzo recida furtivamente o violentemente gli alberi o le viti, vada ad attingere dell'acqua alla sorgente o passi sul fondo di uno de' coeredi, spetta a costui il difendere la propria cosa.

Allora la garanzia sta nella stessa legge; ed è forza dimandarla ad essa avverso l'autore di coteste vie di fatto (arg. dall'art. 1725 — 1574; *confr. decis. C. di Bordò* 23 genn. 1820 *Desarnaud, Sirey*, 1820, II, 218; *Chabot, art. 884*, n. 2 e 4; *Duranton*, t. VII, n. 528).

1596. — È parimente manifesto non potersi considerare come evizione la estinzione che colpisce un diritto compreso in una delle quote, se la estinzione medesima fosse il risultamento della propria natura dello stesso diritto; come, per esempio, quando un diritto di usufrutto, di enfiteusi o rendita vitalizia, spettato ad uno de' dividendi, estingua dopo la divisione; dappoichè allora la cosa venne al certo stimata nella stessa ragione della sua natura temporanea e so getta a decperimento; e venne attribuita per quanto consisteva.

Precisamente in tal senso Pothier insegna esser mestieri che la evizione non procedesse dalla stessa natura della cosa attribuita con la divisione per essere di siffatta natura; e ne adduceva ad esempio un diritto signorile utile, compreso in una quota pel periodo di anni quindici rimasto a decorrere (*delle Success.*, cap. IV, art. 5, § 3; *confr. arresto C. cass.* 18 nov. 1840, *D'Hausen*, *Dev.*, 4841, I, 81).

1597. — Similmente Pothier insegna: « La garanzia, che ha luogo nelle divisioni ha di comune con quella che ha luogo nel contratto di vendita, il solo timore di una evi-

zione non darvi luogo: tanto precisamente, egli dice, statuisce Molino: *secunda questio an in divisione pos-sit agi de evictione ante rem evictam*; ed egli risponde: *ad secundam quod non, nisi res, tempore divisionis, esset ab extraneo possessa.* » (*Della Vendita*, nnm. 637).

Cotesta regola ci sembra essere ancora generalmente ben fondata; e di fatti risulta dall'art. 884, il quale rende i coeredi garanti delle molestie ed evizioni.

Nondimeno crediamo non doversi intendere in senso troppo assoluto; e per contrario potrebbe presentarsi ipotesi tale, in cui, a creder nostro, l'azione di garanzia o almeno l'azione per ottenere provvedimenti conservativi, potrebbe validamente instituirsi, anche prima di ogni molestia, da uno de' coeredi avverso i suoi coeredi.

Supponiamo che uno de' coeredi scopra, dopo la divisione, che uno degli oggetti compresi nella sua quota appartenga altrui; che appartenga, per esempio, ad un terzo, il cui autore lo avesse depositato presso il defunto, ed il quale ignora la esistenza del deposito medesimo.

Forse l'erede medesimo non avrà diritto, o piuttosto il dovere di prendere la iniziativa, val dire provocare i suoi coeredi alla restituzione della cosa depositata a colui al quale appartiene, e dimandare conseguentemente che lo indennizzino, come garanti, della perdita che la restituzione stessa gli arreca?

Non esitiamo a crederlo; dappoichè la cosa altrui non può dividersi del pari che non può vendersi (art. 1599 — 1414, *agg. art.* 1938 — 1840; *Troplong, della Vendita*, n. 238).

Anche a prescindere da tal circostanza, se uno de' dividendi, senza trovarsi ancora attualmente molestato, avesse nondimeno un giusto motivo di tenere di venir molestato, potrebbe al certo anziand, a parer nostro, dimandare provvedimenti conservativi, che allora competerebbe a' magistrati lo accordare o negare, e proporzionare, nel caso in cui gli accordassero, al pericolo più o meno grave di evizione o molestia, che la situazione offrisse (arg. dagli art. 1180 e 1653 — 1133 e 1459).

Laonde il dividendo, debitore di un prepagamento o di un prezzo di licitazione, potrebbe venire autorizzato a sospendere il pagamento; e, se non vi fossero immobili su cui potesse avere il suo privilegio, ovvero se il suo privilegio su gli immobili non si fosse validamente conservato, potrebbe apparte-

nere s'ingistrati il provvedere alla sicurezza con altri mezzi che stinassero convenienti.

1598. — Altronde la obbligazione di garanzia applicasi a tutti i beni compresi nella divisione, sia qualunque la loro natura, mobili o immobili, corporali o incorporeali.

Quindi è dovuta la garanzia de' crediti e delle rendite: e non solo della loro esistenza ma ancora della solvibilità de' debitori in tempo della divisione: tanto risulta dell' art. 885 — 806, in cui il legislatore ha supposto, di pieno diritto, questa obbligazione di garanzia anziché averla stabilita, credendo indubbiamente, e con sommo fondamento, essere una necessaria conseguenza della natura della divisione (infra, n. 372).

È ben vero chi compra un credito non aver diritto alla garanzia della solvibilità del debitore (art. 1693 - 1695 — 1539 - 1541).

Ma precisamente profonda è la differenza fra il compratore di un credito, il quale abbia fatto una speculazione ed il quale corre rischio di guadagno e di perdita, ed il dividente il quale, senza alcuno spirito di speculazione, si proponga unicamente ottenere la sua parte, nè più nè meno!

Per un motivo similante il creditore, cui il debitore delegò altro debitore in pagamento del suo debito, può esercitare regresso avverso il delegante, quando il delegato si trovasse già, nel momento della delegazione, manifestamente fallito o decotto (art. 1276 — 1230; confr. Pothier, loc. supra cit., Delvincourt, t. II, p. 50, nota 4; Chabot; art. 884, n. 6; Poujol, art. 886, n. 3; Duranton t. VII, n. 543; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 273; Massé e Vergé, t. II, p. 375).

1599. — Avvisiamo parimente i coeredi doversi garantire la estensione degli immobili assegnati all' una o all' altra delle quote con indicazione di una determinata ampiezza.

Cotesta soluzione sarebbe segnalamente indubitata nel caso in cui l' assegnamento avesse avuto per un prezzo calcolato in ragione della estensione medesima (confr. arresto C. cass. 8 nov. 1826, Croy-Chanel, D., 1827, I, 41; Foné de Confians, art. 884, n. 2; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 274).

Ma dovrebbero ancora ammetterlo in generale, a ereder nostro, a prescindere anche da tal circostanza particolare, quante volte gl' immobili non siasi considerati di per sé e quali sono, ma con indicazione della loro ampiezza, e conseguentemente in ragione dell' ampiezza medesima.

In vero la divisione debbe, al pari di ogni convenzione legalmente formata, astringere le parti ad adempiere la obbligazione da esse assunta. (Art. 1134 — 1088);

Or i condividenti, con tal clausola, trovansi ad evidenza obbligati a rilasciare a quello tra essi, cui lo immobile spettasse, la indicata estensione;

Dunque costui ha diritto di dimandarne il rilascio come compratore o compermutante (art. 1616 e seg. — 1462; art. 1707 — 1553).

Altronde qual differenza fra l'erede, evinto di una parte degli oggetti compresi nella sua quota, e quello il quale abbia ricevuto parzialmente la quota che aveva diritto di ricevere interamente! (Confr. Pothier, loc. supra cit., n. 333; decis. C. di Bordò 16 marzo 1829, Raymond-Lafourcade, D., 1829, II, 451; Demante, tomo II, numero 22 bis, III).

1600. — Quisizione, che può sembrare di più procacioso scioglimento, si è quella se i coeredi debbansi garantire de' difetti occulti degli oggetti loro spettati indivisione? (Fed. gli art. 1611 e seg. — 1487).

Per sostenere non andar dovuta la garanzia puossi affermare:

Da un lato l' art. 884 — 801 stabilire la obbligazione di garanzia per causa di molestia o evizione ed i difetti occulti nulla aver di comune con questa causa.

D' altro lato cotesti difetti occulti riferirsi soltanto al maggior o minor valore della cosa che trovasene colpita, e quindi poterne risultare un' azione di rescissione per causa di lesione di più del quarto in conformità dell' art. 887 — 807 (confr. Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 276; Massé e Vergé, t. II, p. 375).

Non pertanto tali argomenti non ci sembrano decisivi; e nostro divisamento si è andar dovuta la garanzia:

1. Già osservammo la espressione adottata nell' art. 884 *mo' estis* ed evizioni doversi intendere nel senso lato ad essa attribuito da Pothier, ed il quale e al certo quello attribuitovi pure da' compratori del nostro codice (supra, n. 333); or sembra che Pothier, pel modo onde si esprime, dichiarasse i coeredi garanti de' difetti occulti degli oggetti ereditarii; e non applica forse cotesta dottrina, quando statuisce esservi luogo di fatto a garanzia, se il diritto utile di una casa compresa in una quota, fosse stato dichiarato rivernibile dopo un tempo più lungo di

quello dopo il qua' è lo era effettivamente? (Delle Success. cap. IV, art. 5, § 3).

2. Pretendesi il coerede non dover potere esercitare se non un'azione di rescissione della divisione per causa di lesione maggiore del quarto!

Ma la ipotesi in esame è sommamente diversa da quella contemplata con l'art. 887 — 807.

Nel caso contemplato con l'articolo medesimo, gli oggetti ereditari vennero stimati per ciò che erano effettivamente; e ben si comprende il legislatore aver dovuto lasciare un certo campo alla incertezza della stima.

Per contrario diversamente avviene quando trattisi di un oggetto il quale non era effettivamente ciò che sembrava essere nel momento della stima; essendovi un documento dal quale la stima anche più rigorosamente esatta non poteva preservare il dividendo!

3. Finalmente ci parrebbe malagevole lo ammettere tale obbligazione di garanzia, imposta al venditore (art. 1641 — 1487) ed al compratore (art. 1707 — 1553), non trovarsi parimente imposta a' dividendi: dappoichè la divisione, sotto questo punto di veduta, presenta molta affinità con la vendita o la permuta; e la eguaglianza è ancora una condizione molto più essenziale da serbare l. (Confr. Demante, t. III, n. 226 bis, III).

1604. — B. — La seconda condizione, per esservi luogo alla obbligazione di garanzia, si è la molestia o la evizione procedere da causa anteriore alla divisione (art. 881 — 804).

Da causa antica, come affermava Pothier (loc. supra); val dire esser mestieri che il diritto o almeno il germe, il principio del diritto abbia esistito contro lo stesso defunto (art. 883 — 803); per modo che non fosse già colpita la cosa, quando trovisi compresa in una delle quote (confr. decis. C. di Orleans, 26 lug. 1849, Pélissot, Dev. 1850, II, 49).

Altronde manifesta è siffatta condizione!

La causa della obbligazione di garanzia si è che il diritto trasmesso o almeno riconosciuto da' coeredi nel loro coerede non colpisce un oggetto ereditario o nol colpisce saldamente (supra, n. 329): or la evizione, la quale procede da causa posteriore alla divisione, non implica menomamente la negazione del diritto ereditario spedito al coe-

de: dunque la obbligazione di garanzia sarebbe allora senza causa.

I fatti ciascuno de' coeredi fu dichiarato, mercè la divisione, esclusivo proprietario degli oggetti compresi nella sua quota; e però torna semplicissimo gli oggetti medesimi trovarsi a suo rischio: per lui solo andrebbero aumentando; e per lui solo debbono scemare o perire!

A cagion di esempio, se dietro appropriazione per causa di pubblica utilità, un de' coeredi venga spogliato totalmente o parzialmente de' beni compresi nella sua quota, ciò riguarda lui soltanto: gli altri non potrebbero esserne garanti, anche quando lo indenizzamento attribuitogli fosse relativamente oltremodo modico, per qualsiasi circostanza, come se la sproporzione avesse avuto luogo in tempo in cui la proprietà territoriale trovavasi accidentalmente diminuita di valore: viemaggiormente quando, per una singolare eccezione, non avesse ricevuto alcuno indenizzamento! (Confr. decis. C. di Bordò 23 genn. 1826, André Desarvaud, D., 1826, II, 483; Pothier, delle Success., cap. IV, art. 5, § 3, ed Introd. al tit. XVII della Cons. di Orleans, n. 99; Ducaurroy, Bonnier o Raustaing, I, II, n. 794).

1605. — Per la stessa ragione ad evidenza non è dovuta la garanzia de' casi fortuiti posteriori alla divisione, come de' danni prodotti da una inondazione (ved., il tomo III, n. 644), o del deperimento proveniente, posteriormente alla divisione, della natura propria della cosa, come nell'esempio addotto da Lebrun « in cui nella eredità di un mercante di vini ad uno venne attribuita tutta la mobiglia ed all'altro tutti i vini, i quali si corruperono poco tempo dopo la divisione. » (Lib. IV, cap. I, n. 77; ved. ezian- dia supra, n. 339; Chabot, art. 884, numero 4).

1606. — Da uno de' motivi di un arresto della Corte di cassazione parrebbe emergere non doversi considerare avere una causa anteriore alla divisione la evizione proveniente dallo avere i coeredi, per errore, nell'atto di divisione compreso beni non formanti parte della eredità:

« Atteso altronde che i dividendi debbono accagionare a sè stessi lo errore incorso nel loro atto di divisione; che lo errore medesimo, causa della evizione, non era quindi anteriore alla divisione. » (Arresto 12 lug. 1853, Fernot, D., 1853, I, 334).

Ma è manifesto l'azione di garanzia dover sempre aver luogo in questo caso, come in tutti gli altri, fra gli stessi condividenti rispettivamente: di fatti che cosa è mai la evizione se non il risulamento di un errore commesso da' condividenti nella divisione? (ved. le osservazioni di Dalloz, loc. supra cit.)

Ciò che può spiegare cotesto motivo dell'arresto si è che trattavasi, nella specie, di opporre gli effetti della garanzia a persone terze, mediante lo esercizio del privilegio su gl'immobili della eredità; ma, eziandio sotto questo punto di veduta, ci parrebbe malagevole il sublimare a principio il mezzo enunciato in quello arresto.

4604. — C. — È nopo, in terzo luogo, per poter nascere l'obbligazione di garanzia che la specie di evizione sofferta non siasi eccettuata con clausola particolare ed espressa dell'atto di divisione (art. 884 — 884).

Da ciò conseguiva doversi reputar nulla una clausola generale, onde i condividenti si esimevano reciprocamente da ogni obbligazione di garanzia.

E ben vero tal clausola potersi validamente inserire in un contratto di vendita (art. 4627 — 4473).

Ma la vendita ha un carattere ben diverso dalla divisione (supra, n. 344): si è temuto, con sommo fondamento, che i condividenti consentissero tal rinonza generale ad ogni garanzia, senza ponderarne sufficientemente la importanza; che ciascun di essi vi ravvisasse a primo aspetto semplicemente quel vantaggio che gli altri non avrebbero, in caso di evizione, di regresso avverso di lui, senza riflettere che esso medesimo non avrebbe, se fosse evinto, alcun regresso contro di essi. Forse si è potuto ancor temere che una clausola tanto vaga fosse il risulamento della frodolenta precauzione di alcuni coeredi, i quali, conoscendo il pericolo della evizione, si fossero regolati in guisa da far cadere nella quota de'coeredi che lo ignoravano la cosa che erano minacciata; e da ultimo è sembrato tanto più necessario il vietare tal clausola, in quanto che avrebbe potuto, se si fosse permessa, divenire ben tosto di stile e finire con alterare profondamente cotesta essenziale condizione di eguaglianza, che è rilevante serbata nelle divisioni (confr. Chabot; art. 884, n. 5; Malpel, n. 306; Toullier. t. IV, n. 565).

4605. — Con maggior ragione converrebbe dichiarare inefficace la tacita rinonza

alla garanzia che si volesse desumere, contro uno de'condividenti, dal fatto la causa della evizione essere stata, nel momento della divisione, nota a'coeredi, e particolarmente a quello tra essi nella quota del quale fu compresa la cosa colpita.

Ed è questa pure una novella differenza fra la divisione e la vendita (ced. art. 4629 — 1475).

Potbier, il quale insegna eziandio nella sua *Introduzione al titolo XVII della Consuetudine di Orleans* (n. 401) « la semplice conoscenza avuta dall'erede la cosa aodar sottoposta a tale evizione non escluderlo dal diritto di garanzia. » Soggiugne nondimeno, nel suo *Trattato delle Successioni*, diversamente avvenire « se paresse che il coerede fosse stato, con la divisione, sottoposto a' rischi dell'evizione, e gli si fosse attribuito il fondo per somma molto minore del suo valore » (cap. IV, art. 5, § 3).

Ed in vero tale era l'anlica dottrina, come attestano Rousseau de La Combe (v. *Divisione*) d'Argentreo (su la Cons. di Bretagna, art. 149), e Lebrun (lib. IV, cap. 4, numero 73).

Ma l'art. 884, richiedendo una clausola particolare ed espressa, dimostra, a parer nostro, essersene dipartito il novello legislatore; ed il vero si è neppure esservi luogo, nè per ragione nè per equità, a desumere una rinonza alla garanzia dalla circostanza che l'erede conosceva il pericolo della evizione, e che la cosa fu stimata meno del suo valore, atteso il pericolo medesimo.

Imperocchè, da un lato, se conosceva il pericolo, conosceva del pari il rimedio, val dire la garanzia; e può accadere che, ben lungi dal rinunziarvi, vi poggiasse precisamente pel caso in cui fosse evinto!

E d'altro lato la minor valutazione della cosa può spiegarsi per la minaccia stessa di evizione la quale, di fatti, diminuiva il valore della cosa, dappoichè poteva impedire all'erede di migliorare, di edificare, vendere, ec; dunque essa non era priva di causa! (Confr. Delvincourt, t. II, p. 50, nota 4; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 565, nota c; Duranton, t. VII, n. 535; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 274; Massé e Vergé t. II, p. 377).

4606. — Non pertanto, nella lesa esposizione soluzione, supponiamo trattarsi soltanto di evizione da temere, come afferiva il nostro onorevole collega Taulier, e non d. evizione già consumata (t. III, p. 398).

In vero abbiamo osservato innanzi (num. 335) che se, nel momento della divisione, un diritto di usufrutto ; di servitù ec., esistesse notoriamente a pro di un terzo sopra uno degli oggetti della eredità, la cognizione avuta dal coerede non gli impedirebbe allora di agire in garanzia.

1607. — Ma, per massima, la rinuncia alla garanzia è valida sol quando abbia avuto luogo espressamente nella speciale preveggenza di un determinato caso di evizione ; come se, per esempio, un diritto litigioso venne compreso in una delle quote, con dichiarazione che l'esito del giudizio rimarrebbe a rischio di quello fra coeredi cui la quota medesima appartiene.

In vero una clausola di tal genere può offrire, in alcuni casi, il prezioso vantaggio di assicurare la stabilità della divisione e la tranquillità delle famiglie, prevenendo un regresso in garanzia che sembrasse più o meno da temere (ved. art. 872 — 793); ed altronde essa non offre alcuno degli inconvenienti che additano in una rinuncia generale fatta vagamente ad ogni garanzia (*supra*, n. 347); dappoichè è manifesto essersi consentita con piena cognizione di causa, e la stima della cosa minacciata di evizione avrà avuto luogo in guisa che lo evento della perdita, cui il coerede, nella quota del quale andrà compresa, trovasi esposto, venisse compensato dallo evento del guadagno.

Dunque è giusto, se la perdita si avveri, che egli solo vi soggiaccia, come egli solo avrebbe conseguito il guadagno, se la perdita non si fosse avverata.

1608. — Se nondimeno la perdita emergente dalla evizione cagionasse all'eredità una lesione maggiore del quarto, non potrebbe forse dimandare, per tal causa, la rescissione della divisione ? (Art. 887 — 807).

Sembra essersi ammessa l'affermativa nel nostro antico diritto (*confr.* d'Argentreo, sulla Cons. di Bretagna, art. 449; Lebrun, lib. IV, cap. I, n. 74; Rousseau de La Combe, v. Divisione, sez. IV, n. 4).

E tale è pure la dottrina che viene generalmente insegnata nel nostro novello diritto (*confr.* Delvincourt, t. II, p. 50, nota 4; Laboulaye, art. 884, n. 5; Doranton, t. VII, n. 37; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 275; Massé e Vergé, t. II, p. 378).

Nessuna clausola, dicesi, qualunque sia ; può mai far soggiacere uno de' coeredenti a lesione maggiore del quarto : la eguaglianza

della divisione diviene, oltre questo limite, un essenziale principio, ed in certa guisa di ordine pubblico (art. 888 — 808); or si suppone che la evizione sofferta dal coerede nell'adotta ipotesi gli arrechi una lesione maggiore del quarto : dunque può esercitare se non l'azione di garanzia, cui ha rinunciato almeno l'azione di rescissione per causa di lesione, cui non ha rinunciato nè potuto rinunciare (*infra*, n. 424).

Avvisiam pure cotesta conclusione essere ben fondata; ma ci pare i termini della questione stessa non trovarsi forse bene stabiliti.

In vero potrebbe credersi, stando al modo onde la questione trovasi generalmente fermata, che se il coerede, il quale soggiacque alla evizione, ha il diritto, in questo caso, di dimandare la rescissione della divisione, ciò unicamente avviene per effetto della stessa evizione cui soggiacque, val dire per l'unica circostanza l'alea preveduta e che egli consentì correre essere avverso di lui tornata. Or cotesto punto di veduta non sarebbe, a creder nostro, il vero.

L'azione di rescissione per causa di lesione può esercitarsi sol quando la lesione risulti dalla stessa divisione; e però non è ricettibile, se la lesione emerge da posteriore avvenimento (art. 890 — 840).

Dunque unica questione si è se, nel momento della divisione, il coerede il quale correr doveva questa alea, si trovasse o pur no lesa di più del quarto; ovvero, in altri termini, se, in quel momento, la stima fatta del diritto litigioso fosse talmente superiore al suo valore da risultare già, per lui, una lesione maggiore del quarto. La clausola onde avesse rinunciato alla garanzia dovrebbe sempre, a creder nostro, rimaner valida; ma similmente l'azione di rescissione per causa di lesione appartenerrebbe, in tal caso come in tutti gli altri, al coerede lesa; ed in siffatti termini noi stessi soggiugniamo che la lesione maggiore del quarto, cui soggiacque per effetto della evizione, costituirebbe in generale una prova pressappoco indubitata della esagerazione della stima fatta del diritto litigioso compreso nella sua quota.

Ma sarebbe ancor mestieri che tal fatto venisse verificato e che si stimasse novellamente ciò che poteva effettivamente valere nel momento della divisione cotesto diritto allora in certo ed oppugnato. La stessa necessità di tale retrospettiva valutazione, da fare *post eventum*, potrebbe indubitabilmente

somministrare ancora un argomento avverso tal dottrina compiutamente; ma siffatto argomento non sarebbe concludente; dappoichè tal valutazione, ad onta delle difficoltà ebe essa sarebbe di natura da presentare, non tornerebbe nulladimeno impossibile a praticare.

Indarno opporrebbe si a cotesta soluzione l'art. 889 — 809. Di fatti l'articolo medesimo è applicabile soltanto ad una cessione alienatoria, onde uno de' coeredi abbia venduto i suoi diritti ereditari nel loro complesso: esso non si applica ad un atto di divisione, in cui si trovi una clausola anche espressa di non garanzia per un caso determinato di evizione; clausola il cui risulamento non potrebbe essere il legittimare una lesione maggiore del quarto.

La contraria dottrina darebbe luogo inoltre a gravi pericoli; dappoichè potrebbe dar campo alle sorprese ed a cattivi propositi de' coeredi più abili e meglio istruiti de' rischi di evizione onde la cosa troverebbe minacciata, con grave detrimento de' coeredi fiduciosi ed inesperti, i quali non conoscerebbero tanto esattamente i rischi cui si esporrebbero (confr. Demante, t. III, n. 227 bis, 1; ved. nondimeno Mourlon, *Ripet. scrit.*, t. II, p. 210).

1609. — D. — Finalmente la quarta condizione, per esservi luogo alla obbligazione di garanzia, si è il coerede soggiacere alla evizione non per colpa sua (*supra*, u. 332).

Se di fatti la evizione avesse avuto luogo per colpa sua, torna manifesto che essa non avrebbe una causa anteriore alla divisione; e poi è allora giusto che solo ne sopporti le conseguenze, e tanto più in quanto che esso medesimo è garante della propria colpa verso i suoi coeredi (Arg. dall'art. 1382 — 1436).

1610. — In quali casi potassi con fondamento sostenere il coerede esser soggiaciuto alla evizione per propria colpa?

Ad evidenza è questa una quistion di fatto da risolvere segnatamente in conformità delle particolari circostanze di ciascuna specie.

Avverrebbe così, per esempio, se il coerede avesse lasciato compiere, a pro di un terzo, dopo la divisione, la prescrizione, eziandio già cominciata prima della divisione, di un diritto ereditario compreso nella sua quota (confr. decis. C. di Bourges 4 feb. 1823, D., *Rac. Assab.*, v. *Vendita*, p. 873, nota 3; Troplong, *della Vendita*, n. 425).

È ben vero la Corte di Bordò avere statuito l'opposto, in una specie in cui abbisognavano ancora sei anni, a computare dalla divisione, per compiersi la prescrizione: quella corte statul nondimeno il germe di tale evizione esser sempre anteriore alla divisione. (Decis. 4 feb. 1831, Morin, D., 4831, II, 85).

Ma cotesta dottrina ci sembra nel tempo stesso rientranante a' veri principii in materia di prescrizione ed in materia di garanzia.

1611. — I nostri antichi autori eccettuavano nondimeno il caso in cui la prescrizione, cominciata avverso il defunto, stava per così dire al suo compimento, quando la divisione ebbe luogo, per modo da mancare al coerede il tempo d'interromperla; ed egli non invocavano la legge 46 del Digesto (*de Fundo dotali*) e gli art. 289 della Consuetudine del Maine e 272 della Consuetudine di Angiò (confr. Lebrun, lib. IV, cap. I, n. 70 e seg.; Rousseau de La Combe, v. *Divisione*, sez. IV, n. 5).

Aubry e Rau insegnano cotesta dottrina non doversi ammettere oggidì.

La garanzia va dovuta, dicono i nostri dottori colloqui, sol quando la evizione proceda da causa anteriore alla divisione;

Or la evizione procede qui da causa posteriore alla divisione; dappoichè, nel momento in cui la divisione ebbe luogo, non trovandosi compiuta la prescrizione, la proprietà dell'oggetto, di cui il coerede fu evinto dappoi, fu trasferita pienamente ed interamente nella sua persona;

Dunque non ha diritto a garanzia.

Egino soggiungono che se la prescrizione ha effetto retroattivo al giorno in cui cominciò a decorrere, cotesta retroattività ha luogo nello interesse di colui a pro del quale ha luogo la prescrizione, e che debbe rimanere estranea a' rapporti de' coeredi fra essi (L.V., p. 272, 273).

Il principio, su cui la dottrina medesima poggia, ci pare altresì, di per sé, oltremodo indubitato; e precisamente in forza di tal principio opiniamo la su riferita decisione della Corte di Bordò andare sformata di buon fondamento (*supra*, n. 353).

Ma nostro divisamento si è intorno a tal particolare quistione, non doversi ammettere l'applicazione fattane da Aubry e Rau.

In vero da un lato non ci sembra ben fondato il sostenere che, eziandio ne' rapporti de' coeredi gli uni verso gli altri, la evizione

allora proceda da causa posteriore alla divisione: forse, per esempio, se rimanesse dopo la divisione pochissimo tempo, PAUCISSIMI MEXI pel suo compimento, la prescrizione non sarebbe segnatamente il risultamento di tutto il tempo decorso già prima della divisione?

Un altro lato, supponendosi in fatto che nessuna colpa possa allora seriamente nè equamente accagionarsi all'erede, il quale non avesse avuto il tempo d'interrompere la prescrizione, soprattutto se non fosse presente ai luoghi nel momento della divisione, in cui fosse stato rappresentato dal mandatario, ci troviamo affatto ne' termini dell'art. 884 — 804.

In quali casi vi sarà luogo a tale eccezione? A credere di Lebrun (*loc. supra*), quando la prescrizione abbisognasse di un solo anno pel suo compimento dopo la divisione; ma è molto meglio lo affermare esser questa una questione di fatto da risolvere secondo le circostanze (confr. Delvincourt, t. II, p. 50, nota 2; Poujol, art. 884, n. 4; Duranton, t. VII, n. 531; Chabot, art. 884, n. 6; Alessandro Michaux, *Trattato pratico delle liquidazioni*, n. 3010).

1612. — Similmente, in senso inverso, se il coerede avesse trascurato di opporre una prescrizione acquistata avverso il titolo o il diritto, in forza di cui è stato evinto, allora per colpa sua sarebbe soggiaciuto alla evizione.

È converrebbe altrettanto affermare di ogni altro mezzo che avesse trascurato di dedurre, stando solo in giudizio contro un terzo, sia come attore, sia come convenuto, senza chiamare in causa i suoi coeredi, i quali erano forse i depositarii de' titoli, ed i quali, in tutti i casi, verrebbero ammessi a provare, avverso di lui, che tali mezzi sussistevano, e che avrebbero dovuto farlo riuscire vittorioso, se gli avesse fatti valere (arg. dall'art. 1640 — 1486, ved. pure gli art. 4725 e 2034 — 1571 e 1903).

1613. — Viemaggiamente! anche quando avesse dedotto tali mezzi, e fosse nondimeno succumbuto forse, come dicevano i Romani, per *injuriam iudicis aut imprudentiam aut errorem*, i suoi coeredi potrebbero ancora venire ammessi a sostenere aver dovuto per contrario riuscire vittorioso! ed il sinistro esito di cotesto giudizio, il quale costituisce, a loro riguardo, *res inter alios acta*, non costituisce una causa di evizione anteriore alla

divisione, sì bene una causa novella da ricadere soltanto sopra di lui! (Confr. L. 51, *prine.*, ff., de *Evictionibus*; Potbier, *della Success.*, cap. IV. art. 5, § 3; e *della Vendita*, numero 495; Demante, t. III, n. 227 bis, II).

Non pertanto dobbiamo affare insegnarsi da Troplong:

« Questa giurisprudenza non può aver luogo appo noi se non quando il compratore avesse trascurato di chiamare in garanzia il venditore il quale avesse avuto mezzi di difesa da far valere; ma, se il compratore non avesse chiamato il venditore, o se costui non provasse che aveva mezzi sufficienti per far rigettare la domanda, a nulla monterebbe il sostenere essersi ingannati i giudici. » (*della Vendita*, t. I, n. 424).

Ma per contrario ci sembra nulla, nel nostro novello diritto, permettere di pretendere doversi, nella suddetta materia, dipartire dall'antico principio.

Dicesi: *Res judicata pro veritate habetur!*

È ben vero; ma soltanto rispetto a coloro che vi furono parti (art. 1351 — 1305).

Si soggiugne i giudici non assumere più i giudizi a proprio rischio e pericolo: *nec iudices hodie solent litem suam facere!*

È ben vero ancora; ma non trattasi effettivamente della responsabilità de' giudici, sì bene della responsabilità del dividendo, il quale commise la colpa di non chiamare in causa i suoi dividendi.

1614. — Ciò che affermammo dimostra sufficientemente quanto importi al coerede il non attendere che venga evinto per agir poscia soltanto in garanzia avverso i suoi coeredi, ma chiamarli immediatamente in causa, appena molestato; affinché la sentenza da emettere sia loro comune, e si possa anche sentenziare, nello stesso giudizio e con una particolar dispositiva, intorno al suo regresso in garanzia avverso di essi.

Cotesto modo di procedere, il quale ovvia ad inutili spese, di cui sopporterebbe solo il peso, offre inoltre il sommo vantaggio di antivenire i motivi d'irricettibilità, i quali potrebbero, come testè dicemmo, essergli opposti da' suoi coeredi (confr. art. 475 e seg. C. di pr. — 269).

II

In che consista l'obbligazione di garanzia, e quale stiano l'ampiezza.

SOMMARIO

1615. — La obbligazione di garanzia non implica la rescissione della divisione; ed i garanti sono soltanto tenuti a pagare un indennizzamento all'evinto — spiegazione.
1616. — *Quid* indennitamento, se la evizione fosse notevole, e segnatamente se cagionasse allo evinto un documento maggiore del quarto?
1617. — Trattasi poi d'indennizzamento pecuniario, il quale non può venire dimandato dal garantito né offerto dai garanti se non in effettiva moneta.
1618. — Quale è mai l'ampiezza di tale indennizzamento, e secondo quali basi debbesi computare? — Su tal punto campeggiano tre sistemi. A. — A norma del primo la perdita cagionata dalla evizione debbesi computare, avuto riguardo al valore che aveva, in tempo della divisione, l'oggetto di cui il coerede fu evinto.
1619. — B. — I propagatori del secondo sistema distinguono se il valore rispettivo dello varie cose abbia o pur no variato dopo la divisione.
1620. — C. — A norma del terzo sistema, lo indennizzamento debbesi computare, secondo il valore che aveva, non già al tempo della divisione, ma al tempo della evizione, la cosa di cui il coerede fu evinto.
1621. — La perdita emergente dalla evizione costituisce un debito della eredità, da ripartirsi fra tutti i coeredi, senza eccezione lo stesso garanzia.
1622. — Se uno de' coeredi sia insolubile, la perdita emergente da questa insolubilità debbesi ripartire nella stessa guisa.
1623. — Gli eredi beneficiari sono, come gli eredi puri e semplici, tenuti alla obbligazione di garanzia.
1624. — Continuazione. — Ma gli eredi beneficiari son forse sottoposti a tale obbligazione su' loro beni particolari? ovvero per contrario possono agire avverso di loro soltanto su' beni della eredità e sino alla concorrenza del valore de' beni medesimi?
1625. — Ad oggetto di assicurare la efficacia dell'azione di garanzia, il legislatore ha conceduto a' coeredi un privilegio su' immobili della eredità. — Ravvicinamento e spiegazione degli art. 2103 e 2109 rispetto alla inscrizione del privilegio di garanzia.
1626. — Continuazione. — Quale è mai l'ampiezza di questo privilegio su' immobili della eredità?
1627. — La legge non concede a' coeredi alcun privilegio su' mobili della eredità.

1615. — Precisamente l'art. 883 — 805 regola cotesta seconda parte del nostro subbietto nella seguente guisa:

« Ciascun coerede è personalmente obbligato, a proporzione della sua quota ereditaria, indennizzare il di lui coerede della perdita cagionata dall'evizione.

« Se uno de' coeredi si trova insolubile, la

« tangente cui egli è tenuto deve essere egualmente ripartita tra la persona garantita e tutti i coeredi solvibili ».

Da ciò primamente discende una conseguenza sommamente importante, cioè la obbligazione di garanzia non implicare la rescissione della divisione né la ricomposizione della massa per procedersi ad una novella divisione.

Tutto l'opposto! la divisione viene mantenuta: ciascuno conserva la sua quota; e la obbligazione de' garanti è unicamente quella di pagare un indennizzamento allo evinto.

Di fatti le rescissioni o risoluzioni sembrano ripugnare alla natura dichiarativa della nostra divisione (*supra*, n. 329): segnatamente il legislatore fu tocco da notevoli inconvenienti cui l'opposto sistema avrebbe dato luogo, con isconvolgere i sì varii e molteplici interessi, di cui la divisione costituisce quasi sempre la origine e la base, cioè gl'interessi de' coeredi, che potettero fare spese su' beni compresi nelle loro quote; gl'interessi de' terzi, compratori, creditori ipotecari o altri, ecc. È ben vero la divisione potere, come dimostreremo, venire rescissa per causa di dolo, violenza o lesione (*infra*, n. 384); ma è agevole comprendere cotesta riparazione, per così dire esemplare, essere indispensabile ne' casi di dolo e di violenza; e, rispetto alla lesione, se il legislatore credette doverne pure formare una causa di rescissione, ha dimostrato nel tempo stesso, col temperamento arrecato con l'art. 894 — 841, la importanza da lui attribuita al mantenimento della divisione (*infra*, n. 458). Fa ultimo osserviamo la differenza fra' casi di violenza, dolo o lesione, ed il caso della obbligazione di garanzia, cioè che, mentre l'azione fondata su le prime cause ha in generale una durata circoscritta, l'azione di garanzia è per l'opposto di durata per così dire indefinita; dappoiché ha luogo il giorno in cui avvenga la evizione, qualunque essa possa il tempo! Or torna agevole lo scorgere le funeste conseguenze emergenti sempre dalla rescissione di una divisione dopo forse una notabilissima multiplicità di anni! E precisamente queste sono le conseguenze che la saggezza del legislatore volle antivenire (confr. L. 44, Codice Famil. ercisc.)

1616. — Laonde avvisiamo la evizione non conferire di fatti mai al coerede il diritto di dimandare la rescissione della divisione.

Non pertanto si è insegnato poterla dimandare nel caso in cui si trovasse spogliato, per effetto della evizione, di quasi tutta la sua quota (Delvincourt, t. II, p. 49, nota 8; Vazeille, art. 885, n. 4, 2).

E Mourlon avvisa, con maggior precisione ancora, l'erede il quale soggiaccia ad evizione, nel caso in cui la perdita che ne emerge costituisca, in suo detrimento, una lesione maggiore del quarto, avere due azioni a propria scelta; cioè l'una di garentia (art. 884 — 804) e l'altra di rescissione (art. 887, *Ripet. scrit.*, t. II, p. 209).

È ben vero Lebrun, invocando l'art. 142 della Consuetudine di Bretagna, professare un tempo che « se il compensamento non possa farsi comodamente, e notabile sia la evizione, evvi luogo a procedere ad una novella divisione ». (Lib. IV, cap. I, num. 80).

Ma tal dottrina ci sembra oggidì avversa allo stesso testo dell'art. 885, il quale, senza veruna distinzione fra la importanza più o men grave della evizione, non concede mai all'ovinto se non un'azione d'indennizzamento.

Soggiugniamo la stessa scelta qui attribuita all'ovinto costituire una prova di più tal dottrina non essere consona alla legge. La legge positivamente distingue l'azione di garentia per causa di evizione dall'azione di rescissione per causa di lesione; e le cause, per cui quelle due azioni vengono distributivamente concesse, sono di fatti sommamente diverse: dunque il coerede può aver l'una o l'altra; ma ci pare impossibile avere egli nel tempo stesso ambedue a propria scelta. Ed altronde la scelta medesima sarebbe sommamente ingiusta l'Imperocchè, in ultima analisi, per effetto di una colpa, ovvero, se vogliasi, di un errore parimente comune a tutti, la cosa, di cui uno de' coeredi soffesse la evizione, fu compresa nella divisione; e non iscorgesi per qual motivo tale evizione attribuirebbe all'ovinto, avverso i suoi coeredi, una scelta che i suoi coeredi non avrebbero avverso di lui! varrebbe da ultimo per qual motivo sottoporre tutti gli altri alla sua discrezione, dipendendo da lui il dimandare, sia un indennizzamento, sia la rescissione, secondo che i beni delle varie quote fossero diminuiti o aumentati di valore, e far prevalere quindi, secondo i casi, il suo particolare interesse allo interesse comune, in disprezzo di quella egua-

glianza, che costituisce la regola cardinale di tutta la subbietta materia! (Confr. Demante, t. III, n. 231 bis, IV; Dutruc, n. 567).

4647. — Altronde dal tenore dell'art. 885, del pari che dal principio su cui è fondato, risulta trattarsi qui di pecuniario indennizzamento, val dire d'indennizzamento che non può dimandarsi dal garentito, nè offrirsi da' garanti se non in moneta sonante.

È ben vero essersi insegnato, su la fede di Lebrun (*loc. supra cit.*), che lo indennizzamento poteva pagarsi in beni ereditarii (confr. Vazeille, art. 885, n. 4, 2).

Ma precisamente osservammo (*supra*, n. 335) che Lebrun ravvisava, nell'azione di garentia, una specie di azione di supplemento di divisione, che poteva pure, in alcuni casi, menare ad una novella divisione!

Or, ben diverso è oggidì il suo carattere: questa azione ha ora per obbietto un pecuniario indennizzamento, senza che nessun testo simigliante all'art. 894 — 811 permetta a' garanti di offrire di pagarlo in natura, del pari che il garentito non potrebbe dimandarlo in tal guisa (confr. sentenza del Trib. di S. Marcellino 19 genn. 1859, Royannais, Dev., 1859, II, 277; Pothier, *de l'Esucc.* cap. IV, art. 5, § 3; Dutruc, numero 567).

4648. — Ma quale è mai l'ampiezza di tale indennizzamento? ed in conformità di quali basi debbesi computare?

Tal quistione è molto più grave; ed essa ha dato luogo ad un triplice sistema:

A. — I propugnatori del primo insegnano che, per determinare la perdita cagionata dalla evizione al coerede, il quale vi soggiace, è mestieri considerare il valore che aveva, in tempo della divisione, l'oggetto di cui fu evinto, senza aver riguardo al diverso valore, sia maggiore, sia minore, che questo oggetto potesse avere in tempo della evizione.

A cagion di esempio, uno de' coeredi fu evinto di un immobile, il quale, nell'atto di divisione, fu stimato 100,000 fr.

La perdita, che gli cagionerà la evizione di questo immobile, dovrà sempre considerarsi come perdita di 100,000, nè più nè meno, anche quando, al tempo della evizione, lo immobile ne valesse 150,000, ovvero non più di 50,000.

In sostegno di questo sistema possono addurre tre precipue ragioni:

1. Pothier, nel suo *Trattato delle Succes-*

sioni, insegna che: « la obbligazione di garanzia consiste nell'essere ciascuno de' coeredi obbligato, per la porzione di cui è erede, ad indennizzare al suo coerede della perdita cagionatagli dalla evizione. » (cnp. IV, art. 5, § 3); val dire che i compilatori del Codice desunsero letteralmente da Potbier la disposizione dell'art. 885, il quale diebina di fatti eziandio ciascuno de' coeredi essere in obbligo d'indennizzare il coerede della perdita cagionatagli dall'evizione: ed è conseguentemente naturale il credere che, col prenderne a prestanza le espressioni; vollero pure servirsi del suo pensiero;

Or Potbier, nel suo *Trattato del Contratto di vendita*, insegna, secondo Molino, che quando un coerede o altro convivente abbia sofferto evizione di una cosa compresa nella sua quota, i suoi dividendi sono soltanto tenuti d'indennizzarlo della somma per cui la cosa medesima gli fu assegnata in divisione. » (n. 633);

Dunque eziandio in tal senso debbesi intendere l'art. 885; o la perdita cagionata dalla evizione deve quindi determinarsi avuto riguardo al valore della cosa al tempo della divisione.

2. Soggiugnasi cotesta dottrina essere uni sono al principio essenziale che differenzia la divisione della vendita.

Per qual motivo, quando la cosa venduta trovisi accresciuta di prezzo al tempo della evizione, il venditore è mai in obbligo di pagare al compratore ciò che valga più del prezzo della vendita? (nrl. 1633 — 1479). Da un lato è colpevole di aver venduto una cosa che non gli apparteneva; e d'altro lato, essendo la vendita un contratto sinallgmatico ed un atto di commercio, è responsabile verso il compratore de' danni interessi emergenti dallo inadempimento della obbligazione da lui contratta verso di esso (nrl. 1146 o seg. — 1100).

Or precisamente nessuno di tali motivi torna applicabile fra dividendi.

Colpa! non eviene alcuna da ambe le parti; o nessuno di essi assunse verso gli altri la obbligazione che assume il venditore verso il compratore di fargli conseguire e conservare la proprietà degli oggetti precisamente compresi nelle loro quote.

Neuter assit, diceva con massima eleganza Molino, *neuter magis decipit quam alter; imo dicitur res eorum facta vel culpa communi: et sic nulla debet esse inter eos obligatio nisi quod casus incensus interest, sed id*

mutuo compensant (Tract. de eo quod interest, n. 143-145).

3. Da ultimo, diccsi, cotesta dottrina essere imperinamente richiesta dal principio della eguaglianza che dee serbarsi fra coevidenti; dappoichè le più sinistre conseguenze emergerebbero, sotto questo punto di veduta, dalla dottrina in conformità di cui la cosa, della quale il coerede fu evinto, dovrebbe stimare avuto riguardo al suo valore al tempo della evizione; di fatti potrebbe avvenire che la quota, oggetto della evizione, assumendo per circostanze fortuite ed inopinate un valore triplo o quadruplo di quello che aveva nel momento della divisione, ridurrebbe il coerede non evinto ad una compiuta rovina costituendolo debitore di una somma maggiore del suo emolumento nella eredità! (Confr. sentenza del Trib. di San Marcellino 19 genn. 1850, Royanois, Dev., 1850, II, 277; Delvincourt, t. II, p. 49, nota 7; Delaporte, Pand. franc., t. III, p. 395; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 376, 377).

1619. — B. A norma del secondo sistema converrebbe fare la seguente distinzione:

Se il valore rispettivo delle varie quote non abbia variato dopo la divisione, si determinerà la perdita cagionata dalla evizione, secondo il valore della cosa al tempo della divisione;

Se per contrario il rispettivo valore delle quote abbia variato; lo indennozzamento da pagarsi allo evinto dovrà determinarsi avuto riguardo al loro attuale valore.

E per conoscere se di fatti il rispettivo valore delle varie quote sia mutato, si dovranno riunire fittiziamente in una sola massa, e si dovrà procedere ad una novella stima, per attribuire allo evinto, nello importare della stima medesima, una parte proporzionale alla sua porzione ereditaria.

Per tal modo, diccsi, la eguaglianza verrà serbata in tutti i casi fra coevidenti (confr. Malleville, art. 885; Vazeille, art. 885, num. 3).

1620. — C. Da ultimo i propugnatori del terzo sistema, ebe, rispetto a noi, crediamo dover suggerire, insegnano lo indennozzamento doversi determinare secondo il valore che aveva, non al tempo della divisione, ma al tempo della evizione, la cosa di cui il coerede fu evinto.

A cagion d'esempio, la cosa gli venne attribuita, con l'atto di divisione, per un valore di 100,000 fr.

Ed al tempo della evizione, ne vale 150,000, ovvero soltanto 50,000.

Lo indennizzamento sarà di 150,000 nel primo caso, e di 50,000 soltanto nel secondo.

Cotesta dottrina ci sembra essere simultaneamente la più unisona allo stesso testo della legge ed a' principii:

1. A norma dell' art. 885, ciascuno dei coeredi è personalmente in obbligo, in proporzione della sua parte ereditaria, d' indennizzare i suoi coeredi della perdita cagionatagli dalla evizione;

Or tale espressione ci sembra implicare di necessità cotesta perdita doversi determinare secondo il valore della cosa al tempo della evizione.

Di fatti se la cosa la quale, nel momento della divisione, valso 100, aumentò poscia di valore, e valeva 150 nel tempo della evizione, in che mai consiste per l' eredo la perdita cagionatagli dalla evizione?

Ad evidenza tal perdita è di 150!

Se per contrario la cosa che valeva 100, nel momento della divisione, diminuì poscia di valore, e non valga più di 50 nel tempo della evizione, torna ancor manifesto la perdita cagionata dalla evizione all' erede essere di 50!

Adunque, in conformità del testo medesimo della legge, lo indennizzamento debbe essere di 150 nel primo caso e di 50 nel secondo.

E ben vero che Pothier, nel suo *Trattato dell' Evizione*, insegnò una opposta dottrina; ma molto dubitiamo cotesta dottrina esser quella da lui professata nel suo *Trattato delle Successioni*, in cui non la rimembra effettivamente in veruna guisa; ed in tutti i casi, ad onta di siffatta gravissima autorità è nostro divisamento il senso grammaticale del testo imporre di necessità la interpretazione da noi propugnata.

2. Noi la propugniamo tanto più in quanto che il testo, così inteso, ci sembra pure essere sommamente unisono a' veri principii regolatori della subbietta materia.

In vero è forza por mente cotesta dottrina non avere menomamente per risultato, come pretendesi, di confondere la divisione con la vendita, nè stabilire fra' coindividenti la stessa obbligazione di garanzia che fra il venditore ed il compratore! Imperocchè, se è mestieri che il coindividente venga indennizzato dell' attuale valore della cosa, nel momento della e-

vizione, quando il valore stesso si accrebbe, basta reciprocamente che venga indennizzato del valore della cosa nel momento della evizione, quando il valore stesso sia scemato. Or tale non è del tutto, in questo ultimo caso, la posizione del venditor verso il compratore (ved. art. 1634 — 1477).

Adunque che cosa vuol ciò dinotare, se non che il legislatore, non volendo che l' azione di garanzia traesse seco la rescissione della divisione e la necessità di una novella divisione, volle almeno che l' area di aumento o diminuzione, relativamente a' beni compresi nelle varie quote, fosse parimente comune a tutti i coeredi. Egli considerò che, per lo più, l' aumento o la diminuzione di valore è il risultamento di cause generali le quali agiscono nel tempo stesso, e con energia pressappoco eguale, su ciascuna delle varie quote; e che quindi le quote aumentano o diminuiscono tutte di valore pressappoco egualmente nella stessa proporzione: or è manifesto che il legislatore, prescegliendo questa base, dovette volere che i garanti fossero tenuti ad indennizzare il garantito, secondo il valore della cosa al tempo della evizione; dappoichè, se la cosa stessa aumentò nella sua quota, la presunzione è che le cose comprese nella quota loro sieno similmente aumentate di valore; del pari che se sieno diminuite, la presunzione si è che le cose comprese nella loro quota abbiano sofferto egual diminuzione.

In vero la indispensabile condizione per scrbarsi la eguaglianza come debbe venire serbata, in tal congiuntura, si è che il determinamento del valore della cosa, perduta dal coerede evinto, si faccia secondo una base comune ed in guisa che la porzione dell' evinto si reputi rimanere ancora, dopo l' evizione, eguale alla porzione de' suoi coeredi.

All' obbietto potevansi adoperare due mezzi:

Sia dichiarar nulla la prima divisione e formarne una nuova in cui tutti i beni venissero stimati ad evidenza giusta il loro attuale valore;

Sia mantenere la divisione lasciando a ciascuno de' coeredi il vantaggio emergente dagli incrementi e la perdita risultante dalle diminuzioni di valore, cui le cose comprese nella sua quota avessero potuto soggiacere, e conseguentemente determinando lo indennizzamento dovuto allo evinto a pro suo n suo

danno! avuto riguardo al valore della cosa nel momento della evizione.

Il primo partito era indubitabilmente il più tipico ed adeguato; ma offriva notevoli inconvenienti, i quali dovettero indurre il legislatore ad abbandonarlo (*supra*, n. 358).

E la ragione per cui eliminiamo il secondo sistema da noi esposto (*supra*, n. 362) si è che esso snatura la obbligazione di garanzia e conduce in ultima analisi alla rescissione della divisione per procedersi ad una novella divisione!

Dunque tal sistema è affatto mal fondato; ma almeno è forza rendere a' suoi propugnatori la giustizia di avere il sentimento della eguaglianza che è mestieri qui serbare, e della base comune di valutazione, la quale costituisca la essenziale condizione della eguaglianza medesima.

Mentre il primo sistema disconosce interamente tal condizione! e mentre lascia ai coeredi garantiti l'alca degli aumenti e delle diminuzioni che possono sopraggiungere nelle loro quote, toglie assolutamente ab initio questa alca buona o cattiva al coerede evinto; e precisamente ciò il rende, a' nostri occhi, inaccettabile; dappoichè ne emergerebbero fatalmente sempre ineguaglianze, sia che i beni fossero aumentati, sia che fossero diminuiti di valore nello intervallo dall'epoca della divisione a quella della evizione.

In vero, se i beni fossero aumentati di valore, i coeredi garantiti trarrebbero soli vantaggio da tale aumento; e lo evinto non ricevirebbe eglii per indennizzamento se non il valore minore che la cosa aveva al tempo della divisione.

Come del pari, in senso inverso, se i beni fossero diminuiti di valore, i coeredi, garantiti soggiacerebbero soli a tal diminuzione; e lo evinto riceverebbe egli per indennizzamento il valore maggiore che la cosa aveva al tempo della divisione!

3. Ma si fa avverso la nostra dottrina una obiezione di cui non negheremo l'importanza; cioè, dicesi, potero essa medesima offendere la eguaglianza o piuttosto potere essa produrre deplorabili conseguenze ed eziandio la intera rovina de' coeredi garantiti.

A ogni di esempio, uno de' coeredi ottenne con la divisione un immobile stimato 100,000 fr. ed il quale formava precisamente la sua porzione ereditaria: gli altri coeredi ottennero pure quote di valore di 400,000 fr. Il coerede, cui l'immobile è spettato tro-

vato evinto e, in questa epoca, lo immobile vale, per effetto di circostanze particolari allo immobile medesimo, 3 ovvero 400,000 fr. mentre le quote degli altri coeredi non aumentarono di valore oppure forse diminuirono!

E converrà che tali coeredi indennizzino lo evinto su la base di un valore di 400,000 fr. val dire, in altri termini, che questa azione di garanzia assorba la intera loro quota ed eziandio i lor beni particolari di fortuna!

Ed è ciò non possibile!

La nostra risposta è la seguente:

Siffatta ipotesi, possibile indubitabilmente, ma eccezionale, torna ad evidenza estranea alla preveggenza del legislatore, il quale ha presunto le stesse cause agire nel tempo stesso e pressappoco egualmente su tutte le quote, sia per elevarne, sia per diminuirne il valore; e quindi cotesto particolare caso nulla dimostra avverso la teorica generale dal legislatore sancita.

Ed ora, se effettivamente si presentasse tal caso particolare, noi stessi opiniamo che converrebbe apportare un limite a siffatta invasiva e funesta conseguenza dell'azione di garanzia; e questo limite si rinverrebbe, a' nostri occhi, nel diritto pel coerede garante, di dimandare riconvenzionalmente la rescissione della divisione, qualora, per effetto della obbligazione di garanzia, fosse soggiaciuto alla lesione maggiore del quarto, in conformità dell'art. 887—807. È ben vero che, per divenire la lesione una causa di rescissione, è mestieri che risulti dalla stessa divisione e non da causa posteriore alla divisione (art. 890—810); ma precisamente la causa della lesione, cui soggiacerebbe, in simil caso, l'erede garante, risulterebbe al giorno stesso della divisione; dappoichè appunto da quel giorno e nell'atto stesso di divisione nasce l'obbligazione di garanzia: adunque tale obbligazione è contemporanea e concomitante della stessa divisione; e quindi in ultima analisi pel risultato della stessa divisione il coerede troverebbe lesa.

Tali sono i motivi per coi concludiamo la perdita cagionata dalla evizione doversi determinare secondo il valore che aveva, al tempo della evizione, la cosa di cui il coerede fu evinto (confr. Tonliet, t. IV, n. 564; Chabot, art. 884, n. 40; Belost-Jolimont, osserv. 4; Malpel, n. 307; Poujol, art. 885, n. 2; Rolland de Villargues, *Rep. del notariato*, v. *Divisione*, n. 37; Duranton, t. VII;

n. 546; Taulier, t. III, p. 338; Aubry e Rau sopra Zachariae, t. V, p. 274; Dutruc, n. 568; Du Caurroy, Bonnier e Roussing, t. II, n. 792; Dalloz, *Rac. Alfab.* (nuova ediz.), v. *Successione*, n. 2169; Demante, t. III, n. 228 bis, I; Demangeat, *Rivista pratica di diritto francese*, 1857, t. IV, p. 272).

4624. — Altronde cotesta perdita costituisce ad evidenza un debito della intera eredità: è dessa il risulamento di una colpa o almeno di un errore comune a tutti i coeredi, senza eccezione lo stesso garantito; e però torna nel tempo stesso consono a principii ed all'equità che venga sopportata da tutti i coeredi effettivamente, senza eccezione il garantito, nella proporzione della parte ereditaria di ciascuno di essi, come il sarebbe ogni altro debito novello che si scoprisse dopo la divisione (art. 883—805).

4625. — Nondimeno nel debito di garanzia rinviarsi di particolare che, mentre ciascuno de' coeredi ne è personalmente tenuto in proporzione della sua quota ereditaria, la insolvibilità di uno di essi ricade non pertanto su tutti gli altri egualmente, in conformità dell'art. 885, val dire anziandio in proporzione, per ciascuno, della sua quota ereditaria.

È ben vero che, per massima generale, i debiti ordinari dividonsi fra gli eredi, per modo che gli uni non sono responsabili, verso i creditori, della insolvibilità degli altri, e ciascuno di essi per contrario trovasi diffinitivamente liberato col pagamento della sua tangente.

Ma precisamente non trattasi qui di debito ordinario verso un terzo: lo scambievole obbligazione di garanzia, cui i dividendi vanno sottoposti, stabilisce fra essi una specie di società, per effetto di cui le perdite emergenti da tal comunanza di posizione, debbono sopportarsi in comune, val dire proporzionalmente ripartite su ciascuno: ne abbiamo già osservato altrove un esempio (supra, n. 78); e di fatti nulla è più giusto e necessario; dappoichè se la insolvibilità di uno de' coeredi garanti ricadesse unicamente su lo evinto, torni manifesto che costui non verrebbe indennizzato, come debbe esserlo, da ciascuno de' suoi coeredi, dalla perdita cagionatagli dalla evizione. In vero che cosa è mai cotesta insolvibilità stessa se non una perdita risultante anziandio dalla evizione da lui sofferta, val dire non essa pure per causa la colpa o l'errore comune che tutti i

coeredi commisero nella divisione; e conseguentemente debb'essere altresì ripartita in comune da tutti.

4623. — Torna indubitato gli eredi beneficiati andar sottoposti, come gli eredi puri e semplici, alla obbligazione di garanzia.

4624. — Ma per contrario è questione la quale può sembrare di procaccio scioglimento quella se l'erede beneficiato andasse sottoposto a tale obbligazione su' beni suoi particolari, o se potesse venire ascoltato in giudizio soltanto su' beni della eredità ed unicamente sino alla concorrenza del valore dei beni medesimi.

Per sostenere che la obbligazione di garanzia ha lo stesso carattere e la stessa ampiezza nella persona dell'erede beneficiato che nella persona dell'erede puro e semplice, e che quindi l'uno vi va sottoposto, al pari dell'altro, su' suoi beni particolari, puossi invocare dapprima la generalità del testo medesimo dell'art. 883—805, il quale dichiara indistintamente ciascun coerede essere personalmente obbligato, in proporzione della sua quota ereditaria, indennizzare il suo coerede della perdita cagionatagli dalla evizione.

Altronde potrebbesi soggiungere cotesto testo essere unisono ai principii generali regolatori, sia della divisione, sia del beneficio dello inventario.

Da un lato la divisione è una convenzione che ebbe luogo fra tutti i coeredi stessi: la divisione non è il fatto del defunto, come ben si comprende; è desso il fatto dell'erede; è una convenzione dallo stesso erede personalmente consentito; e però di fatti la convenzione medesima debbe obbligare personalmente ogni erede, qualunque sia, beneficiato o puro e semplice (Arg. dagli art. 1134, 2092 — 1088, 1962).

D'altro lato il beneficio dello inventario venne precipuamente introdotto per garantire il patrimonio personale dell'erede avverso i creditori del defunto ed i legatarii (art. 802—719); ma il beneficio medesimo non ha effetto contro altri: quindi non può venire opposto dall'erede beneficiato a' suoi coeredi che gli dimandano una collazione (art. 843—762); quindi ancora non può venire opposto all'amministrazione del registro verso la quale l'erede beneficiato va sottoposto al pagamento de' diritti di mutazione al pari dell'erede puro e semplice: « Atto so, dichiara la Corte di cassazione, che coloro i quali abbiano accettato col be-

neffizio dello inventario, comunque semplici amministratori, rispettivamente a' creditori i quali han diritto di domandar conto, reputansi sempre eredi sotto ogni altro rapporto...» (Arresto 7 ag. 1835; confr. art. 27, 32 e 39 della legge del 22 gl'aciale anno VII; Championnière e Rigaud, t. III, n. 2566 e seg.)

Dalle quali cose sembra doversi inferire il beneficio dello inventario neppure poter venire opposto dall'erede beneficiario a' suoi coeredi, per sottrarsi agli effetti della obbligazione di garanzia su' beni suoi particolari, e lo stesso principio di eguaglianza, per effetto di cui trovasi sottoposto l'erede beneficiario all'obbligo della collazione, come l'erede puro e semplice, aver dovuto eziandio farlo sottoporre, come l'erede puro e semplice, alla obbligazione di garanzia (Confr. Ducaurroy, Bonnier e Rostain, t. II, numero 799).

Tali motivi sono sommamente gravi; e di fatti noi stessi abbiamo stabilito la regola il beneficio dello inventario non modificare in generale le relazioni dei coeredi gli uni verso gli altri, sia relativamente all'obbligo della collazione, sia relativamente alla divisione de' debiti (Ved. il tomo III, n. 358-360.)

Non pertanto crediamo dover adottare la dottrina testè esposta, ed esser mestieri statuire l'erede beneficiario andar sottoposto, eziandio su' beni suoi particolari, alla obbligazione di garanzia.

Innanzi tutto di fatti, avverso tal dottrina, evvi un testo senza il quale conveniamo la quistione ci sarebbe sembrata di scioglimento molto più dubbio, ma il quale la risolve, a creder nostro, in modo deciso: intendiam parlare dell' art. 875 — 795 il quale, con l'ultima sua disposizione, permette all'erede beneficiario di agire, per effetto della surrogazione, al pari di ogni altro creditore, ipotecariamente per lo intero contro uno de' suoi coeredi.

Or, per qual ragione l'erede puro e semplice non può per contrario agire avverso i suoi coeredi se non per la tangente che ciascuno di essi debbe personalmente sopportare nel debito pagato con surrogazione? precisamente perchè debbo loro garanzia e per applicazione della massima: *Quem de evictione tenet actus, eundem agentem repellit exceptio*.

Dunque se l'erede beneficiario può agire ipotecariamente per lo intero avverso un so-

lo de' suoi coeredi, se può quindi cagionargli una evizione, ad evidenza, in conformità dell' legge, non va sottoposto all' obbligazione di garanzia su' beni suoi particolari verso i suoi coeredi. E di fatti è questa la illazione da noi desunta dall' art. 875 (Supra, n. 81).

Allonde cotesta dottrina può venire spiegata parimente pel duplice seguente motivo:

Da un lato l'erede beneficiario procede, eziandio in tal qualità di erede beneficiario, alla divisione della eredità; in ciò agisce come amministratore, per determinare, nell'interesse di tutti gli aventi diritto, la porzione di beni che debbono formar la quota di ciascuno de' coeredi, e quindi non debbe andar sottoposto alle obbligazioni emergenti da tale atto se non nella sua qualità di amministratore (ved. il tomo III, num. 264-263);

E d' altro lato il beneficio dello inventario ha per iscopo d' impedire che l'erede vada sottoposto, su' beni suoi particolari, al pagamento de' debiti della eredità (art. 802 — 719), val dire in ultima analisi al pagamento de' debiti ereditari, qualunque sieno, e conseguentemente altresì di quelli che possono emergere dagli atti fatti da lui nella sua qualità di erede beneficiario.

È ben vero l'erede, il quale abbia accettato l'eredità col beneficio dello inventario, esser tenuto al pagamento de' diritti di mutazione, come l'erede il quale l'abbia accettata puramente e semplicemente; ma è questa una speciale disposizione da non doversi estendere oltre i termini della legge del 22 gl'aciale anno VII (Confr. Demante, t. III, n. 228 bis, IV).

4625. — Ad obbietto di assicurare la efficacia dell' azinne di garanzia, il legislatore conferì a' coeredi un privilegio su gl' immobili della eredità.

In vero, a norma dell' art. 2103 — 4972, i crediti privilegiati su gl' immobili sono:

« 3. I coeredi sopra gl' immobili della eredità nel caso di evizione de' beni tra essi divisi, per le compensazioni od il conguaglio delle porzioni ereditarie. »

Non pertanto, con l' art. 2109 — 1995, il quale determina il modo di pubblicità del privilegio medesimo, il legislatore non fa menzione dell' obbligo di garanzia:

« Il coerede o dividende, dichiara l' art. 2109, conserva il suo privilegio su' beni e di ciascuna porzione, e sopra i beni posti all' incanto, per le compensazioni ed i con-

« *guagli delle porzioni stesse, o pel prezzo de la licitazione, mediante l'iscrizione fatta a sua istanza entro sessanta giorni computabili dall'atto della divisione o dell'aggiudicazione col mezzo della licitazione, durante il qual tempo non ha luogo alcuna ipoteca su' beni aggiudicati o gravati del conguaglio col mezzo d'incanto, in pregiudizio del creditore del conguaglio medesimo o del prezzo.* »

Or da tale omissione nell'art. 2409 del privilegio per la garanzia si sono desunte due conseguenze affatto opposte :

E mentre da un lato pretendesi l'art. 2409 aver privato poscia il credito di garanzia del privilegio che l'art. 2403 — 1972 aveagli dapprima attribuito (confr. Duranton, t. VII, n. 547-550) ;

D'altro lato si è in senso affatto inverso insegnato il privilegio del credito di garanzia, avere, in conformità dell'art. 2409, il vantaggio, sul privilegio del credito di un pareggiamento o di un prezzo di licitazione, non addare la iscrizione sottoposta al termine impartito dall'articolo medesimo (confr. decis. C. di Liegi 9 mag. 1818, Dev. e Car., Collez. nuova, 5, II, 363; di Pau 29 apr. 1851, Baron, Dev., 1852, II, 343; Delvincourt, t. II, p. 49, nota 6).

Ma nessuna di queste due illusioni è ad evidenza, a creder nostro, accettabile:

Primamente è manifesto l'art. 2409 non avere annientato il privilegio di garanzia stabilito dall'art. 2403: la disposizione dell'art. 2409 è al certo importantissima; ma in ultima analisi è di mero regolamento; e però, nello intendimento del legislatore, i due testi debbono venire indubbiamente interpretati e compiuti l'uno mercè l'altro.

Non converrebbe obiettare il carattere dichiarativo della divisione ripugnare al privilegio medesimo di garanzia, il quale suppone una trasmissione di proprietà ed ermodio la riserva, la ritenzione, nel tempo stesso di questa trasmissione, di una porzione, per così dire, della trasmessa proprietà !

Sarebbe questa la negazione della stessa garanzia !

Allronde cotesto privilegio, cotesta *ipoteca privilegiata per la garanzia*, come un tempo dicevasi, veniva accordato a' condidontii, nella nostra antica giurisprudenza, la quale ammetteva pure la massima della divisione dichiarativa (confr. Pothier, delle Success., cap. VI, art. 5, § 1; Bagnage, del-

le Ipot., cap. VI, Lebrun, lib. IV, cap. I, n. 36).

A dir vero sembra la legge del dì 11 nebbioso anno VII non aver riconosciuto alcun privilegio ne' coeredi (confr. art. 4 e 14; arresto C. cass. 17 nov. 1854, Saller, Dev., 1852, I, 49).

Ma apparentemente l'art. 2403 è tanto positivo da tornare impossibile il negare avere il nostro Codice ammesso, su tal punto, le tradizioni del nostro antico diritto (confr. Demante, t. III, n. 229 bis, I).

E, rispetto alla dottrina, in conformità di cui il termine impartito dall'art. 2409, per la iscrizione del privilegio del credito di un pareggiamento o di un prezzo di licitazione, non sarebbe applicabile alla iscrizione del privilegio del credito di garanzia, il quale avrebbe potuto, dicevasi, prima della legge del 23 marzo 1855 su la trascrizione, inscrivarsi tanto lungo tempo quanto il privilegio del venditore, giusta la interpretazione generalmente data all'art. 2108 — 1994, non era essa al certo meno inammissibile prima della promulgazione di quella legge; ma puossi affermare dappoi la dottrina medesima non potersi neppure più proporre; dappoichè, come osserva con sommo fondamento Pont, a norma della nuova legge, il privilegio del venditore può conservarsi unicamente mercè la trascrizione, e le divisioni non figurano fra gli atti i quali, in conformità della legge stessa, debbono trascriversi (*de' Privil. e delle ipot.*, art. 2106-2113, n. 290; arresto C. cass. 12 lug. 1853, Pernot, Dev., 1853, I, 334).

1626.—L'art. 2403 concede il privilegio a' coeredi per la garanzia delle quote su' *gi immobili della eredità*.

Ma è forza non dimenticare, a norma dell'art. 885, ciascuno de' coeredi essere personalmente tenuto della garanzia in proporzione della sua quota ereditaria; val dire che la evizione, sin dallo istante medesimo in cui avvieno, stabilisce, a pro dello evinto, tanti crediti distinti quanti sono i coeredi: dalle quali cose emerge a ciascuno de' crediti medesimi l'art. 2403 attribuire di fatti distributivamente un privilegio.

Questo privilegio è indubbiamente, al pari di tutti gli altri, rivestito del triplice attributo che costituisce i privilegi su' *gi immobili*, cioè il diritto di preferenza; — il diritto di perseguire; — e la indivisibilità, o il diritto, pel creditore, di farsi pagare, per lo intero, su ciascuno de' *gi immobili* e su ciascuna por-

zione degli immobili che se ne trovano gravati; ma è manifesto, relativamente a questa indivisibilità, che essa sussiste nella porzione secondo la quale lo stesso privilegio sussiste contro ciascuno dei coeredi, val dire che essa va limitata, come il privilegio o piuttosto come lo stesso credito, di cui è una qualità, alla porzione ereditaria di ciascuno di essi.

Imperocchè non evvi un solo privilegio, il quale gravasse per lo intero tutti gl' immobili della eredità, e per effetto di cui uno dei coeredi potesse venire astretto oltre la porzione da contribuire, che forma unicamente il suo debito particolare di garanzia.

Per contrario sonovi tanti privilegi quanti sono i crediti, val dire che l'azione reale è correlativa all'azione personale; e che quindi soltanto, sino alla concorrenza della tangente da contribuirsi da lui, ciascuno dei coeredi può venire realmente convenuto in giudizio, per lo intero, su ciascuno degli immobili e su ciascuna porzione degli immobili compresi nella sua quota.

Osservammo che l'art. 4017 — 974, il quale racchiude una disposizione in contrario relativamente alla ipoteca legale de' legatarii, dipartivasi dal diritto comune (*supra*, n. 241 e 217); ma i testi in esame non contengono qui alcuna similgiante derogazione; e converrebbe tanto meno supplirla in quanto che non sarebbe soltanto avversa a' principii generali del sistema ipotecario, ma farebbe inoltre i principii particolari del nostro subbietto, in conformità de' quali la scambievolmente obbligazione di garanzia, sussistente fra coeredi, non permette ad evidenza ad uno di essi lo evincere gli altri (art. 875 — 795; *supra*, n. 367).

4627. — Finalmente osserviamo che nessun testo concede a' coeredi privilegio su' mobili della eredità per la garanzia, del pari che altronde pel pareggiamento congruo delle quote o pel prezzo della licitazione; e siccome alla sola legge compete lo stabilire un privilegio (art. 2092-2094 — 1962-1964), così torna indubitato i coeredi non poterne dimandare alcuno su' mobili.

Non pertanto abbiamo scorto dal principio oppugnato in una specie in cui trattavasi di ufficio ministeriale (di cancelliere di un tribunale), appartenuto al defunto ed attribuito, con l'atto di divisione, mediante un prezzo o un pareggiamento, ad uno de' coeredi il quale aveva conseguentemente sollecitato ed

ottenuto dal capo dello Stato la sua nomina in surrogazione del suo autore.

Nello interesse degli altri eredi si sosteneva potero egli invocare, pel pagamento di questo prezzo, il privilegio, concesso dall'art. 2102, n. 4 al venditore di effetti mobili non pagati, ed applicato dalla giurisprudenza ed eziandio dalla dottrina a' funzionarii indicati dalla legge del 28 aprile 1816, i quali abbiano ceduto i loro uffizii: (confr. arresto C. cass. 12 giugno 1853, Simon, Dev. 4853, I, 497; decis. C. di Parigi 28 gennaio 1854, Giffard, Dev., 4854, II, 305).

Ma non abbiamo creduto e non crediamo ancora ammissibile siffatta pretesione:

L'art. 2102-4° — 1971 conferisce il privilegio in esame soltanto in caso di vendita di effetti mobili: or la divisione non è una vendita ed anzi abbiamo osservato la sua natura dichiarativa opporsi a priori ad ogni privilegio, come si oppone ad ogni risoluzione; dunque non avremmo, nel silenzio della legge, potuto concedere al dividendente, su gl' immobili della eredità, il privilegio dall'art. 2403-4° — 1972 concesso al venditore su lo immobile venduto; e precisamente perchè tale estensione sarebbe stata impossibile, nel silenzio della legge, la stessa legge volendo concedere a' coeredi il privilegio medesimo su gl' immobili della eredità, lo ha loro di fatti concesso con una speciale disposizione (art. 2403-3°): or nessuna disposizione similgiante estese, a pro de' coindividenti, sui mobili della eredità, il privilegio che l'art. 2102-4° concede al venditore di effetti mobili: dunque il privilegio medesimo non potrebbe loro competere.

Obbiettasi emergere la condizione de' coeredi esser diversa; secondo che avran ceduto l'uffizio ad un terzo o lo avranno attribuito ad uno fra essi.

Eh! indubitatamente; ma forse tale diversità è oppugnabile? e, per esempio, vorrebbe negare la licitazione essere una vendita, quando un terzo estraneo si renda aggiudicatario, e per contrario è dessa una divisione, quando l'aggiudicatario sia uno de' coeredi? (Confr. *supra*, n. 272).

III

Quale sia la durata dell'azione di garanzia.

SOMMARIO

1025. — Per regola generale l'azione di garanzia si pre-

scriva col trentennio; a la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui ebbe luogo la evizione.

1629. — Non pertanto si è apportata una eccezione a cotesta regola con l'art. 886 relativamente alle rendite. — Spiegazione storica di tal disposizione.

1630. — Continuazione.

1631. — Continuazione. — Determinamento e valutazione delle due disposizioni sancite dall'art. 886.

1632. — Continuazione

1633. — Continuazione

1634. — La mancanza di pagamento delle annualità della rendita, entro il quinquennio susseguente alla divisione, fa forse presumere, salvo l'interesse del coerede, nella quota del quale va compresa la rendita, che il debitore della rendita era insolvente nel momento stesso della divisione?

1635. — La disposizione dell'art. 886 è inapplicabile alla garanzia della stessa esistenza della rendita. — Conseguenze.

1636. — Continuazione. — Avviene lo stesso, con maggior ragione, relativamente alla garanzia della esistenza di un credito empirico.

1637. — Che mai è uopo statuire rispetto alla garanzia della solvibilità del debitore d. un credito al tempo della divisione?

1638. — A. Quale mai sarà in questo caso la durata dell'azione di garanzia?

1639. — B. Qual mai sarà il punto da cui debbe cominciare a computarsi tal durata?

1640. — *Quid se tractus de credito devincto exigibile posteriormente alla divisione?*

1628. — Per regola generale l'azione di garanzia si prescrive col trentennio, in conformità dell'art. 2262 — 2169.

Ed inoltre, a norma dell'art. 2257 — 2163, la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui ebbe luogo la evizione.

Era questo il diritto comune.

1629. — Non pertanto, relativamente alle rendite, si è arrecata una eccezione dall'art. 886 — 806, il quale dichiara:

« La garanzia della solvibilità del debitore di una rendita non può sussistere che per cinque anni successivi alla divisione. Non vi è più luogo a garanzia a titolo dell'insolvenza del debitore quando essa è sopravvenuta soltanto dopo ultimata la divisione. »

Per comprendere il motivo di questa disposizione, del pari che la importanza della eccezione, che ne emerge, è indispensabile risalire al nostro antico diritto.

Un tempo la rendita non veniva riguardata come un ente attualmente compiuto e perfetto, di cui uno de' condividenti potesse venire interamente investito mercè la divisione: per lo opposto i nostri antichi giureconsulti vi scorgevano un ente successivo, il quale componevasi della serie di tutte le an-

nualità da riscuotersi in avvenire; talchè se le annualità medesime cessassero, in qualsivoglia epoca, di venirgli pagate, il condividente reputavasi non avere avuto, dallo stesso giorno della divisione, la integrità del diritto compreso nella sua quota.

« Una rendita, diceva Pothier, è un essere successivo, la cui realtà consiste nelle annualità, che dovranno decorrere sino al riscatto che se ne farà: è questa la ragione per cui, quando, per la insolvenza del debitore, in cesso dal riscuotere le annualità di una rendita compresa nella mia quota, vengo reputato non avere ancora ricevuto tutta la cosa compresa nella mia quota, e non essere eguale a quelle de' miei condividenti, i quali han ricevuto tutto ciò che va compreso nella loro: dalle quali cose conseguita che, per ripristinare la egualianza, debbono pagarmi un supplemento. » (*Della vendita*, n. 634).

Questa scientifica valutazione del carattere della rendita non era al certo ben fondata; dispoichè è manifesto che la rendita costituisce di per sé una cosa corporale completissima, che non è uopo confondere con le annualità, le quali ne formano soltanto i frutti civili; del pari che una casa, per esempio, costituisce di per sé una cosa corporale, che non si confonde co' pigioni, che ne formano eziandio i frutti (Conf. art. 586, 588 — 544, 543, ed il nostro *Trattato della Distinzione de' beni; della Proprietà; dell'Usufrutto*, ec., t. II, n. 327, 328).

Ma segnatamente sotto il punto di veduta della pratica utilità cotesta dottrina dava luogo alla più grave obbiezione. Effettivamente ne conseguiva la garanzia in materia di rendita essere di una illimitata durata; talchè i discendenti o altri eredi di un condividente potevano venire ricercati, dopo più di un secolo! diceva Pothier, anche dopo un secolo! affermava pure Lebrun; per la insolvenza del debitore di una rendita assegnata in divisione ad un coerede; e non so o per la insolvenza già survenuta in tempo della divisione, ma ancora per quella sopraggiunta un secolo dopo! (*Lib. IV, cap. I, n. 68*).

Quindi Lebrun soggiungeva « essere di sentimento non maucarsi mai, negli atti di divisione, di formare un contratto alcatorio delle rendite; » e di fatti sembra essere in usanza una convenzione abbastanza ordinaria, onde stipulavasi i condividenti non essere

garanti della insolubilità de' debitori della rendita, la quale avvenisse più di dieci anni dopo la divisione, ovvero non esserue affatto garanti (Confr. Potbier, *delle Success.*, cap. IV, art. 5, § 3.)

4630. — Tale insanza, la quale disvelava al novello legislatore il vizio dell'antico principio, gli accennava pure simultaneamente il rimedio.

Nondimeno gli autori del progetto di Codice civile vi avevano dapprima applicato il rimedio medesimo incompiutamente, per guisa da svelarlo ancora la influenza della falsa dottrina dell'antico diritto.

L'art. 240 del progetto della Commissione del Governo era di fatti concepito così:

« La garanzia della solvibilità de' debitori di rendite non si estende mai oltre il termine ordinario della prescrizione, a computare dal giorno della divisione; ma le parti possono fissarne la durata ad un termine più breve » (Confr. Fenet, t. II, p. 158).

Era ciò, come si scorge, rendere ancora i coeredi garanti della insolubilità del debitore della rendita verso il coerede nella quota del quale andava compresa, anche quando cotesta insolubilità fosse sopraggiunta posteriormente alla divisione, se non fosse trascorso più di un trentennio dopo la divisione.

Ma il Tribunal di cassazione presentò su tale articolo del progetto una osservazione oltremodo ben fondata:

« Non è forse necessario, egli dice, distinguere se la insolubilità esistesse nel momento della divisione, o se le cause sieno posteriori alla seguita divisione? Per qual motivo, in questo ultimo caso, vi sarebbe garanzia da parte de' cocondividenti, mentre non avrebbe luogo qualora una casa fosse incendiata? »

E conseguentemente il Tribunale propose la seguente compilazione:

« La garanzia della solvibilità de' debitori di rendite, nel momento della divisione, può sperimentarsi nel quinquennio susseguente al giorno della seguita divisione; anzi le parti possono determinare la durata di questa garanzia ad un tempo più breve. Ma se la insolubilità sopraggiunga dopo seguita la divisione, i cocondividenti non ne sono scambievolmente garanti » (Fenet, *loc. supra cit.*; p. 580, 584).

Siffatta compilazione doveva al certo preferirsi a quella del progetto, circoscrivendo

la garanzia della rendita al caso d'insolubilità anteriore alla divisione.

Ma dunque per qual motivo soggiugnerò, eziandio in questo caso, l'azione di garanzia potersi sperimentare soltanto nel quinquennio susseguente al dì della divisione?

Il Tribunal di cassazione sembra non averne addotto alcun motivo; ed in vero, a parer nostro, riuscirebbero malagevole addurne soddisfacente ragione.

Ben si comprenda, nel nostro antico diritto, la convenzione delle parti circoscrivere la garanzia delle rendite ad un decennio o ad un termine anche più breve, a computare dal dì della divisione; avvegnachè non trattavasi allora di circoscrivere la durata dell'azione stessa di garanzia; di fatti, nel nostro antico diritto, l'azione di garanzia, eziandio relativamente alla insolubilità del debitore delle rendite, aveva la durata ordinaria delle azioni di garanzia, quando avesse luogo una volta per la insolubilità del debitore; e la limitazione della durata applicavasi allora non all'azione, ma all'obbligo di garanzia (Lebrun, lib. IV, cap. I, n. 68).

Ma, tostochè facevasi tornare sotto l'impero del diritto comune l'obbligo di garanzia, relativamente alla insolubilità de' debitori di rendite, statuendo applicarsi in avvenire alla insolubilità esistente al tempo della divisione, non cravi più alcun limite di tempo da stabilire; e conveniva, come lo stesso nostro antico diritto aveva praticato, lasciare in questo caso come in tutti gli altri all'azione di garanzia la sua ordinaria durata.

Il Tribunal di cassazione non avrebbe forse confuso, nella compilazione che proponeva, la stessa obbligazione di garanzia la quale sola aveva, relativamente alle rendite, una durata illimitata nell'antico diritto, ed alla quale sola quindi la convenzione delle parti attribuiva d'ordinario una speciale durata; non l'avrebbe confusa con l'azione di garanzia la quale aveva, nel nostro antico diritto, rispetto alle stesse rendite, la durata ordinaria, e la quale non formava, sotto questo rapporto, l'oggetto di alcuna convenzione speciale da parte de' cocondividenti?

A dir vero sarebbe lecito il crederlo!

Checcchè ne sia, la duplice disposizione onde componevasi la compilazione preparata dal Tribunal di cassazione fu invertita in legge; e di fatti forma oggidì il nostro art. 886—806, la cui singolare ed alquanto oscura compilazione permetterebbe forse dividere

altresi neppure essere, osiam dirlo, il risultamento di un concepimento lucidissimo.

1631. — Ciò che è forza inferire nondimeno in ultima analisi si è:

Da un lato, che la garanzia della insolubilità di una rendita è dovuta quando la insolubilità stessa sia anteriore alla divisione, e quindi non è dovuta, se la insolubilità sia sopraggiunta dopo seguita la divisione;

E d'altro lato, che quando siavi luogo alla obbligazione di garanzia, essendo già insolubile il debitore della rendita nel momento della divisione, l'azione di garanzia in tal caso perdura un quinquennio a computare dal dì della divisione.

Non puossi senza fallo se non plaudire alla prima di tali conseguenze la quale toglie via cotesta perpetua garanzia della futura solvibilità del debitore della rendita; e l'art. 886 contiene, sotto questo rapporto, una disposizione affatto vantaggiosa al nuovo sull'antico diritto: in vero non incontravasi ragione per cui la rendita non rimanesse, sin dallo stesso giorno della divisione, al pari di tutti gli altri beni corporali o incorporali, a rischio del coerede nella quota del quale trovavasi compresa.

Ma, relativamente alla seconda conseguenza emergente dall'art. 886, crediamo doverci ammettere costituire una disposizione rispetto a cui il vantaggio è rimasto per contrario all'antico sul nuovo diritto; disposizione affatto anormale sotto duplice rapporto.

1. Sotto il rapporto di ridurre ad un quinquennio la durata della prescrizione, in quale è, per regola generale, di un trentennio;

2. Sotto il rapporto di far decorrere la prescrizione medesima dal giorno stesso della divisione; mentre, per regola generale, la prescrizione non decorre avverso l'azione di garanzia suo a quando non abbia luogo la divisione.

1632. — Si è impreso a spiegare tal prescrizione quinquennale stabilita dall'art. 886, con affermare riferirsi all'art. 227—2183, in conformità di cui le annualità delle rendite si prescrivono col quinquennio (confr., Duranton, t. VII, n. 544; Marcadé, articolo 886).

Ma questa spiegazione non è, a creder nostro, menomamente soddisfacente; e ci sembra malagevole lo scorgere una correlazione fra l'art. 886 e l'art. 227.

Primamente l'art. 227 si applica agli in-

teressi de' crediti del pari che alle annualità delle rendite; or generalmente si ammette l'art. 886 applicarsi per contrario unicamente alle rendite e non a' crediti (infra, n. 381).

In secondo luogo la prescrizione quinquennale stabilita dall'art. 227 riguarda le sole annualità e non colpisce menomamente la rendita stessa: or per l'opposto torna indubitato la prescrizione quinquennale stabilita dall'art. 886 riguardare la stessa rendita, di cui non è dovuta la garanzia dopo i cinque anni susseguenti alla divisione.

Ma ciò non è tutto!

Cotesta spiegazione dell'art. 886 mercé l'art. 227 implicherebbe la idea l'art. 886 sopprime le annualità della rendita non essersi pagate dal debitore entro il quinquennio susseguente alla divisione a quello fra' coeredi nella quota del quale trovavasi compresa; e tale sembra essere il concetto di Marcadé:

« Operando, egli dice, precisamente cotesto termine del quinquennio la prescrizione delle annualità, l'eredità, nella quota del quale rinviasi la rendita, non li lascerà dunque decorrere senza agire avverso il debitore che nulla gli abbia ancor pagato, senza trovarsi così avvertito della insolubilità del debitore medesimo, e senza agire immediatamente avverso i suoi coeredenti per farsi indennizzare di una rendita di cui nulla riceve. » (Loc. supra cit.; ved. pure Duranton, loc. supra).

Ma precisamente l'art. 886 non subordina la prescrizione quinquennale da esso stabilita alla condizione le annualità della rendita non essersi pagate entro il quinquennio dal dì della divisione; e però tal prescrizione s'incorrerà dall'eredità, anche quando le annualità gli si fossero pagate.

Rispondesi il pagamento medesimo costituire allora la prova il debitore della rendita non essere insolubile nel momento della divisione!

Ciò torna forse indubitato? e la esperienza non ha forse, molte fiate, dimostrato l'opposto? Forse spesso non veggionsi debitori, dalla pubblica opinione riguardati ancora come solventi, comunque già decotti! fare supremi sforzi per dissimulare il più lungo tempo possibile la loro insolubilità? ehl indubitamente; e pur quelli che pagano con maggiore esattezza le annualità veggionsi prelevare sul capitale!

Dunque potrà accadere che l'eredità, nella quota del quale trovavasi compresa la rendita,

ne abbia con tanta esattezza ricevuto le annualità, nel corso del quinquennio susseguente alla divisione, e che, quando poscia la insolubilità ad evidenza anteriore alla divisione gli si svelerà dalla sventura del debitore, la sua azione di garanzia si trovi prescritta, prima di aver potuto avere il mezzo o concepire il divisamento di sperimentarla!

Quindi la disposizione dell'art. 886 ci sembra più che rigorosa, nel caso in cui le annualità furono pagate all'erede entro il quinquennio susseguente alla divisione.

1633. — È ben vero che, qualora per contrario le annualità non vennero pagate nel corso del quinquennio dal di della divisione, il coerede, nella quota del quale la rendita trovasi compresa, reputasi avvertito, e puossi affermare aver potuto, sin da quel momento, e dovuto agire in garanzia avverso i suoi coeredi.

Allora con massimo fondamento è da inferirne che la prescrizione comincia a decorrere contro di lui; ma ciò che sembra men giusto e men logico si è la prescrizione medesima andar circoscritta a sì breve termine.

Il legislatore avrà diviso esser sempre malagevole pruova quella della insolubilità del debitore, nel momento stesso della divisione, e conseguentemente esser mestieri diminuir per quanto più sia possibile le difficoltà e le incertezze di tal verificaione, astringendo l'erede ad istituire la sua azione di garanzia in un termine non troppo lontano da tale epoca.

Di fatti cotesta considerazione sarebbe di natura più acconcia, se non a giustificare pienamente, almeno a spiegare, sotto questo rapporto, l'art. 886.

1634. — Non potremmo forse rinvenire ancora, nello interesse dell'erede, nella quota del quale trovasi compresa la rendita, un compensamento al rigore di siffatta prescrizione cotanto breve, sostenendo che la mancanza di esatto pagamento delle annualità, nel quinquennio susseguente alla divisione, stabilisce a suo pro una legale presunzione della insolubilità del debitore della rendita nel momento stesso della divisione?

Di fatti cotesta conclusione sarebbe logica ed equa; avvegnacchè da un lato in ultima analisi su tal motivo sembra poggiata la disposizione dell' art. 886; e d'altro lato la presunzione medesima d'insolubilità, nello interesse del coerede, nella quota del quale la rendita trovasi compresa, equamente corrispon-

derebbe alla contraria presunzione di solvibilità, risultante in senso inverso a pro dei suoi coeredi, dal non avere agito avverso di essi entro il quinquennio pel caso in cui le annualità gli si fossero pagate.

Non pertanto è uopo convenire cotesta presunzione d'insolubilità non emergere con molta chiarezza dal testo dell'art. 886; ed in tutti i casi parrebbe essere una presunzione *juris tantum*, la quale non escluderebbe la pruova in contrario; mentre la presunzione di solvibilità, emergente, a pro degli altri coeredi, dalla prescrizione acquistata col trascorrimento del quinquennio, è al certo una presunzione *juris et de jure* (confr. art. 1352, 2262 — 1306, 2169).

1635. — L'art. 886 riguarda unicamente la garanzia della solvibilità del debitore della rendita.

Tanto basta per concludere essere inapplicabile alla garanzia della stessa esistenza della rendita.

Quanto più cotesto articolo è eccezionale tanto meno torna possibile estenderlo oltre i suoi termini.

La mancanza di esistenza dello stesso diritto è altronde un caso di evizione propriamente detta, il quale debbe venir regolato dai principii ordinarii in materia di evizione.

Dalle quali cose è forza inferire:

1. In tal caso l'azione di garanzia perdura-re un trentennio (art. 2262);

2. Il trentennio cominciare a decorrere dal giorno della evizione (art. 2257 — 2163); val dire nella nostra ipotesi dal giorno soltanto in cui la inesistenza della rendita si fosse comprovata (confr. Loyseau, *della Garanzia delle rendite*, cap. III, n. 3, Domat, *Leggi civili, delle Divisioni*, sez. III, n. 4; Lebrun, lib. IV, cap. I, n. 68; Duranton, t. VII, n. 342 e 345; Demante, t. III, n. 230 bis, V; Zachariae; Aubry e Rau, t. V, p. 275).

1636. — Con maggior ragione avverrebbe eosì della garanzia della esistenza di un credito esigibile, di cui il legislatore non si è specialmente occupato, essendo l'art. 886 — relativo alle sole rendite, ed il quale è però al certo rimasto sotto l'impero del diritto comune (arg. dall'art. 1693 — 4539).

1637. — Ma che mai è uopo statuire relativamente alla garanzia della solvibilità del debitore di un credito; alla garanzia della sua attuale solvibilità, nel momento della divisione però; dappoichè non erri ad evidenza luogo alla garanzia della solvibilità futura del de-

titore di un credito esigibile del pari che della solvibilità futura del debitore di una rendita (*supra*, n. 374).

Da ciò discendono due quistioni, cioè:

A. Primamente qual sarà mai in questo caso la durata dell'azione di garanzia?

B. In secondo luogo qual sarà mai il punto da cui debbe cominciarla a computare tal durata?

1638. — A. Relativamente alla durata dell'azione di garanzia della solvibilità del debitore di un credito, si è insegnato, per argomento dall'art. 886, dover essere del pari di un quinquennio a computare dal dì della divisione.

In vero qual è mai, dicesi, il motivo precipuo di cotesta disposizione dell'art. 886? si è avere il legislatore considerato che la verificazione della insolvenza di un debitore, il quale offre spesso molte difficoltà ed incertezze, addurrebbe molto più incerta e malagevole ancora, o piuttosto talvolta anche impossibile, dopo un lungo volgere di tempo, e conseguentemente aver voluto, che avesse luogo entro un termine alquanto prossimo al tempo stesso in cui cotesta insolvenza dovette esistere per generare l'obbligazione di garanzia: or tal motivo è applicabile alla garanzia della solvibilità del debitore di un debito esigibile, del pari che alla garanzia della solvibilità del debitore di una rendita: dunque l'art. 886 debbesi applicare per l'una come per l'altra (*confr.* Fonjol, art. 886, n. 3).

È ben vero cotesto argomento non andare sformato di qualche gravità; ma rimane sempre impossibile, a creder nostro, lo ammetterne la conclusione:

L'art. 886 costituisce, come affermammo, una eccezione, sotto alcuni rapporti esorbitanti, a' principii del diritto comune: e conseguentemente non potrebbesi estendere per via d'interpretazione; or si applica unicamente alle rendite, senza far menzione de' crediti: dunque la durata dell'azione di garanzia, relativamente alla solvibilità de' debitori di crediti esigibili, è rimasta sotto l'impero del diritto comune, val dire che essa perdura un trentennio, salvo a' magistrati lo aver riguardo in fatto, nella disamina della quistione se il debitore fosse o pur no insolvente, nel momento della divisione, alle difficoltà più gravi emergenti dal tempo più lungo trascorso dopo tale epoca, soprattutto se questo lungo tempo dovesse accagionarsi alla inazione ed alla negligenza dell'erede attore in

garanzia (*Confr.* Duranton, t. VII, n. 544; Davigier sopra Tonliet, t. II, n. 568, nota a; Taulier, t. III, p. 390; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 804; Demante, t. III, n. 230 bis. V; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 276; Massé e Vergé t. II, p. 376).

1639. B. — Ed ora qual mai sarà il punto da cui debbe comunicarsi a computare cotesta prescrizione trentennale?

Alcuni giureconsulti avvisano la prescrizione dover cominciare, in tal caso, a decorrere dal giorno della divisione (*confr.* Davigier sopra Tonliet, t. II, numero 568, nota a; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 276).

Ma nulladimeno, a norma dell'art. 2257—2463, la prescrizione rispetto all'azione di garanzia non decorre sino a quando non abbia luogo l'evizione.

Or, a computare da quel giorno soltanto la evizione può mai considerarsi avere avuto luogo, relativamente alla garanzia della insolvenza del debitore di un credito, se non dal giorno in cui tale insolvenza si sia, per la prima volta, conosciuta dal coerede, nella quota del quale il credito medesimo trovasi compreso?

Dunque, a computare dal giorno medesimo, la prescrizione dell'azione di garanzia può cominciare a decorrere contro di lui.

Quindi Pothier insegnava che « l'azione di garanzia di fatto delle rendite ed altri crediti si prescrive dal giorno in cui siasene comprovata la esistenza con la escussione de' debitori. » (*Delle Successioni*, cap. IV, art. 5, § 3; *agg.* pure Lebrun, lib. IV, cap. I, n. 68).

È ben vero che, relativamente all'azione di garanzia della solvibilità del debitore di una rendita, l'art. 886 fa decorrere la prescrizione dal giorno della divisione.

Ma è questa precisamente una eccezione; e siccome l'art. 886 è relativo alle sole rendite, ne consegnata l'azione di garanzia della solvibilità del debitore di un credito esigibile essere rimasta sotto l'impero del diritto comune, e conseguentemente la prescrizione dell'azione medesima comincia a decorrere dal giorno in cui la insolvenza del debitore si sia conosciuta dal coerede, nella quota del quale trovasi compreso il credito (*confr.* Marcadé, art. 886; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 804; Demante, t. II, n. 230 bis; V).

1640. — Non pretendiamo già, nel caso in cui il credito non sia esigibile, nel

momento della divisione, la prescrizione dell'azione di garanzia non dover decorrere, per tesi generale, se non dal giorno in cui sarà divenuto esigibile, in qualsivoglia epoca, dopo la divisione.

È ben vero i nostri antichi autori sembrano così statuire; è la stessa dottrina, in conformità di cui la garanzia delle rendite aveva una illimitata durata, spiegavasi allora parimente pel motivo che le annualità ne divenivano esigibili successivamente e secondo le annue scadenze.

Ma cotesto punto di veduta non era ben fondato; ed al certo non è quello da cui il novello legislatore ha preso le mosse.

Se dunque la insolubilità non esisteva nel momento della divisione, non sarà dovuta la garanzia, anche quando la insolubilità, sopraggiunta dopo la divisione, fosse sopraggiunta prima della esigibilità del credito: il coerede, nella quota del quale il credito medesimo va compreso, indarno opporrebbe la prescrizione non aver potuto decorrere contro di lui, non avendo potuto agire: la risposta si è che il credito gli apparteneva, che trovavasi quindi a suo rischio, e che se è perito, debbasi reputare una sventura, di cui debbe sopportare la conseguenza come sopporterebbe la perdita emergente da un incendio che avesse distrutto una casa compresa nella sua quota.

Ciò che puossi soltanto affermare si è, nel caso in cui il credito non fosse esigibile nel momento della divisione, l'erede, nella quota del quale trovasi compreso, poter pretendere in fatto la insolubilità essersi da lui conosciuta per la prima volta nel giorno in cui è divenuto esigibile; ma sarà questa soltanto una questione di fatto da esaminare secondo le circostanze (conf. Delvincourt, t. II, p. 50, nota 4.).

SEZIONE V.

DELLA RESCSSIONE IN MATERIA DI DIVISIONE.

SOMMARIO

1641. — La divisione è una convenzione; e conseguentemente doveva andar sottoposta alle stesse cause di nullità o rescissione, cui le convenzioni vanno generalmente sottoposte.

1642. — Tale osservazione si applica non solo alla divisione amichevole, ma anche alla giudiziale.

1643. — Divisione.

1641. — La divisione è una convenzione

(art. 1101 — 1055); e quindi doveva andar sottoposta alle stesse cause di nullità o rescissione cui le convenzioni in generale vanno sottoposte.

Di fatti è questo il principio costitutivo la base delle varie disposizioni racchiuse in questa ultima sezione del nostro titolo.

1642. — La testè esposta osservazione è altronde così generalmente applicabile alle divisioni giudiziali come alle divisioni amichevoli:

Le particolari formalità, onde la legge circonda la divisione giudiziale, non privano questo atto del proprio carattere; e sempre deriva dalla convenzione delle stesse parti: il magistrato è chiamato a dirigere e per così dire ad omologare la convenzione medesima.

Intendiamo però parlare della divisione giudiziale propriamente detta.

È manifesto diversamente avvenire di una decisione giudiziale emessa sopra controversia vertente fra le parti, relativamente ad un litigio qualsivoglia, su questioni di collazione, per esempio, o di disposizioni per ante parte, ec.: sarebbe questa una decisione giudiziale, al pari di ogni altra, la quale potrebbe venire impugnata co' gravami ordinarii o straordinarii dal Codice di procedura stabiliti (*Infra*, n. 425).

Ma trattandosi soltanto di decisione giudiziale riguardante la stessa divisione, val dire la divisione de' beni ereditarii in proporzione dei diritti di ciascuno, reputasi questa di fatti una divisione generalmente sottoposta alle stesse cause di nullità o rescissione, cui va soggetta la divisione amichevole (conf. Pothier, *della Success.*, cap. V, art. 6; Delvincourt, t. I, p. 50, nota 6; Duranton, t. VII, n. 554, 555; Demaute, t. III, n. 234 bis, II).

1643. — Dobbiamo muovere e risolvere intorno a questo subbietto tre precipue questioni, cioè:

I. Quali sono le cause di nullità o rescissione della divisione?

II. In quali modi le varie cause di nullità o rescissione della divisione possono estinguersi?

III. Quali sono gli effetti della rescissione della divisione?

I.

Quali sono le cause di nullità o rescissione della divisione.

SOMMARIO

1644. — Distinzione fra le convenzioni nulle e quelle soggette ad annullamento. — Tal divisione applicata alle divisioni.
1645. — In quali casi dovrebbe considerarsi nulla la divisione?
1646. — In quali casi la divisione dovrebbe considerarsi soggetta ad annullamento?
1647. — Continuazione.
1648. — Della incapacità delle parti, e della inosservanza delle forme dalla legge richieste. — Rimando.
1649. — Dell' errore. — Per quali motivi i compilatori del Codice non ne han fatto menzione in questo titolo.
1650. — Per divenire l' errore una causa di nullità della divisione, è mestieri che sia sostanziale; per avere questo carattere è dopo che cada, sia su gli oggetti ereditari, sia sui diritti de' coeredendi.
1651. — A. Del caso in cui l' errore sia consistito nell' essersi omessi, nella divisione, uno o più oggetti delle eredità.
1652. — Del caso in cui l' errore sia consistito in un falso determinazione del valore de' beni.
1653. — Del caso in cui l' errore sia consistito nell' essersi compresi, nella divisione, beni pertinenti e persone strani.
1654. — Del caso in cui l' errore sia caduto sopra i difetti occulti di una cosa compresa in una delle quote.
1655. — Quid, se l' errore sia caduto su l' esistenza stessa di alcuni beni? ovvero alcuni compresi, nella divisione, beni pertinenti privatamente ad uno de' coeredi?
1656. — Quid, se, in una divisione amichevole e per via di attribuzione, uno de' coeredi avesse accettato una quota, credendo formarsene parte una cosa determinata, mentre la cosa medesima per contrarie non vi andava compresa?
1657. — B. Del caso in cui l' errore sia caduto su la estensione e la quantità de' diritti ereditari della persona. — Quid, se la divisione non siasi fatta fra tutti i coeredi?
1658. — Quid per contrario, nella inversa ipotesi, se per errore siasi ammesso nella divisione un individuo estraneo alla eredità?
1659. — È uopo farne distinguere, nelle diverse ipotesi testè riferite, l' errore di fatto dall' errore di diritto?
1660. — Altrove poco monta la buona e la mala fede del terzo ammesso senza diritto nella divisione.
1661. — Poco monta altresì la quota più o meno ampia attribuita ad un falso erede.
1662. — I beni attribuiti al falso erede debbono formare l' oggetto di un supplemento di divisione, senza esservi luogo a rescindere altronde la divisione seguita fra' veri eredi.
1663. — Del caso in cui avendo avuto luogo la divisione fra tutti gli eredi, ed unicamente tra essi, l' errore fosse caduto su la quantità del diritto ereditario di uno o più fra essi:
1664. — Continuazione. — Vi sarebbe forse luogo, in questo ultimo caso, ad una novella divisione?
1665. — Il Codice non ha trattato pienamente de' casi in cui la divisione sia nulla; ed ha determinato, in questa sezione, tre casi soltanto, in cui la divisione può venir dichiarata nulla.
1666. — De' casi in cui la divisione può venir dichiarata nulla o rescissa, sia per causa di dolo, sia per causa di violenza.
1667. — Il dolo e la violenza sono cause di rescissione della divisione a prescindere da ogni lesione.
1668. — I convenuti nell' azione di rescissione per causa di violenza o dolo potrebbero forse arrestare il corso ed impedire una novella divisione, offrendo e pagando, all' autore un supplemento, sia in contante, sia in natura?
1669. — La lesione è una causa di rescissione della divisione; ed il Codice ne tratta esclusivamente negli art. 888 ad 891. — Dimostrazione.
1670. — La lesione non è in generale una causa di rescissione delle convenzioni. — Per qual motivo viene ammessa, come tale, nelle divisioni?
1671. — La lesione, per costituire una causa di rescissione della divisione, debbe essere maggiore del quarto.
1672. — Nondimeno cotesto limite riguarda la divisione dei beni corporali e sarebbe inapplicabile, se si trattasse unicamente di beni in corporali.
1673. — La lesione, essendo in una vera divisione, anche quando non fosse maggiore del quarto, dovrebbe venire riparata, se fosse il risultamento di un semplice errore di calcolo. — Osservazione.
1674. — È mestieri che quello fra' coeredi il quale si dolga di essere stato lesa, abbia esso medesimo sofferto, relativamente alla propria quota, una lesione maggiore del quarto. — Esempio.
1675. — Il valore effettivo de' beni, e non già la stima fattuale, debbe servir di base per determinare se il coerede che si dolga, sia stato effettivamente lesa più del quarto.
1676. — Per giudicare se vi sia stata lesione, si stimano gli oggetti secondo il loro valore al tempo della divisione.
1677. — Precisamente su la totalità de' beni compresi nella sua quota il coerede che si dolga debbe avere sofferto una lesione maggiore del quarto. — Esempio.
1678. — In qual modo può farsi la prova della lesione?
1679. — Continuazione.
1680. — La rescissione per causa di lesione viene ammessa contro ogni atto di divisione ed avverso ogni atto equipollente a divisione.
1681. — I coeredi non possono rinunziare, essendo espressamente, con l' atto di divisione, alla facoltà di dimandare la rescissione per causa di lesione.
1682. — L' azione di rescissione per causa di lesione viene ammessa contro le divisioni giudiziali del pari che avverse le divisioni amichevoli. — Spiegazione.
1683. — Poco monta del pari la circostanza esservi le quote estratte a sorte o scelte da ciascuno de' coeredi.
1684. — La divisione parziale della eredità e, al pari della divisione totale, sottoposta all' azione di rescissione per causa di lesione.

1685. — Quando una divisione parziale, impugnata per causa di lesione, fu preceduta o seguita da altre parziali divisioni, è uopo forse rimire utilitariamente in una sola massa il valore di tutti i beni compresi in queste divisioni frazionali, e stare esservi lesione sol quando il coerede attore per rescissione non avrà avuto, col risultamento combinato di estese varie divisioni, i tre quarti di ciò che doveva spettargli in questo totale valore?
1686. — Del caso in cui due eredi furono l'oggetto di due divisioni fra le stesse persone, che trovavasi chiamata in ciascuna di esse, nelle stesse proporzioni e in proporzioni diverse.
1687. — Per andare la divisione totale o parziale sottoposta all'azione di rescissione per causa di lesione, è forse necessario aver fatto cessare la indivisione in modo assoluto fra tutti i coeredi, sia per tutti i beni, in caso di una divisione totale, sia almeno per la parte de' beni che formò l'oggetto di una divisione parziale?
1688. — L'azione di rescissione per causa di lesione viene ammessa sverro tutti gli atti che ebbero per oggetto di far cessare la indivisione fra coeredi; avverso tutti quelli, ma avverso quelli soltanto. — A. Del caso in cui una vera divisione fosse stata qualche vendita, permuta, transazione, o in altra guisa.
1689. — L'azione di rescissione per causa di lesione sarebbe ammissibile, essendo nel caso lo col l'atto, qualificato vendita, permuta, transazione o diversamente, offrisse di fatti i caratteri intrinseci della specie di operazione, di cui le parti gli avessero attribuito la denominazione.
1690. — Continuazione. — Applicazioni. — Esempi.
1691. — B. L'azione di rescissione per causa di lesione viene ammessa sverro gli atti che ebbero per oggetto di far cessare la indivisione. — Del caso in cui, dopo una divisione, i coeredi avessero concluso una transazione sul primo atto, onde esser posto termine alla indivisione tra esse.
1692. — Continuazione.
1693. — Continuazione. — Non è necessario esservi stato, fra le parti, un giudizio cominciato.
1694. — La transazione fra coeredi potrà forse venire impugnata, per causa di lesione, sol quando fu fatta dopo la divisione?
1695. — Continuazione. — È rilevante distinguere, intorno a tal questione, due ipotesi:
1696. — I. Della ipotesi in cui la transazione sia anteriore alla divisione e alai fatta con atto distinto dall'atto di divisione.
1697. — II. Della ipotesi in cui la transazione sia contemporanea alla divisione, e si rinnova nello stesso atto di divisione.
1698. — È uopo che l'atto abbia avuto per oggetto il far cessare la indivisione: non basterebbe avere avuto lo stesso medesimo. — Della donazione di diritti ereditari fatta da uno dei coeredi a tutti i suoi coeredi o ad uno di essi.
1699. — L'azione di rescissione per causa di lesione non debben ammettere sverro una vendita di diritti ereditari fatta senza frode ad uno de' coeredi, a suo rischio e pericolo, dagli altri suoi coeredi e da uno di essi. — Spiegazione.
1700. — Continuazione. — Tre condizioni si richieggono per non andare tal vendita sottoposta all'azione di rescissione.
1701. — I. È uopo che trattasi di vendita di diritti ereditari.
1702. — Continuazione. — Altronde non è necessario che il diritto ceduto sia litigioso.
1703. — Qual, sia l'erede cedente ai avesse riservato taluni oggetti ereditari disermiani?
1704. — II. È uopo che la vendita sia fatta dal coerede cedente a rischio e pericolo del coerede cessionario.
1705. — Continuazione. — È forse necessario che l'atto il quale consegna la cessione faccia espressa menzione avere avuto luogo a rischio e pericolo del cessionario.
1706. — III. Finalmente la stessa condizione richiesta dall'art. 883 per andare la cessione di diritti ereditari immune dall'azione di rescissione per causa di lesione si è l'esservi fatta senza frode. — Trattasi qui nel tempo stesso di frode alla persona a frode alla legge.
1707. — Della frode alla persona.
1708. — Della frode alla legge.
1709. — Continuazione.
1710. — Anche quando l'azione di rescissione per causa di lesione non venga ammessa avverso una cessione di diritti ereditari, la cessione medesima produce sempre lo effetto dichiarativo della divisione, se altronde rinviene le condizioni richieste all'uso.
1711. — La disposizione dell'art. 883 debbesi applicare alla cessione fatta da uno più de' coeredi a taluni soltanto degli altri coeredi.
1712. — È uopo altresì applicare la disposizione dell'art. 889 a tutti gli atti compresi ad evidenza nella ipotesi contemplata con l'articolo medesimo di una cessione aleatoria di diritti ereditari fra coeredi.
1713. — Le vendite, cessioni o altri atti che possono aver luogo, dopo compiuta la divisione fra gli antichi coeredi, van regolati de' principi del diritto comune.
1714. — L'azione di rescissione per causa di lesione mira alla rescissione, vai dire allo annullamento della divisione. — Conseguenza.
1715. — Non pertanto il convenuto nel giudizio di rescissione può arrestare il corso ed impedire una novella divisione, offrendo e pagando all'attore il supplemento della sua porzione ereditaria, sia in contante, sia in natura. — Motivi.
1716. — Il supplemento può forse venire offerto dal convenuto non solo durante il giudizio per arrestare il corso della divisione, ma ancora dopo il giudicato an la rescissione della divisione?
1717. — La offerta ed il pagamento del supplemento potrebbero forse farsi dal convenuto all'attore, in caso di lesione accertata, per esempio di lesione oltre la metà?
1718. — Il diritto di offrire il supplemento non viene esclusivamente attribuito alla persona del coerede convenuto: a può esercitarsi da' suoi aventi causa.
1719. — Il supplemento può venir pagato in contante o in natura. — Chi mai dimostra la espressione in natura?
1720. — A chi mai appartiene la scelta de' beni che formeranno il supplemento? e quali sono le regole da osservare in tal circostanza?

1721. — Il valore del supplemento da pagare debbe limitarsi a quanto non conseguì il coerede lesa, affinché la quota sua fosse, al tempo della divisione, eguale alle altre quote, avuto riguardo al valore de' beni ereditari in quella epoca.

1722. — L'attore ha diritto al supplemento completo della sua porzione ereditaria. — Spiegazione;

1723. — È uopo pagare all'attore il valore effettivo del supplemento dovutogli nel momento stesso in cui gli viene pagato.

1724. — Il convento che paghi il supplemento, ne dee gli interessi e i fratti a computare dal giorno della domanda.

1725. — L'art. 391, il quale sembra supporre un convento unico, sarebbe erroneo applicabile nel caso in cui vi fossero più conventi.

1726. — Continuazione

1727. — Continuazione

1728. — Quello de' conventi il quale avesse solo interesse al mantenimento della divisione potrebbe forse arrestare il corso della domanda di rescissione, pagando solo all'attore il completo supplemento della sua porzione ereditaria?

1729. — Quando la stessa eredità abbia dato luogo a più divisioni, alcune principali, altre secondarie, l'azione di rescissione per qualsivoglia causa, dolo, violenza o lesione, riguardante una delle divisioni medesime, riguarda forse sempre altresì, nel tempo stesso, le altre divisioni? e debbonsi forse nel caso in cui venisse ammessa, tutte egualmente annientare?

4644. — Più volte dicemmo una convenzione poter venire dichiarata, sia totalmente nulla, sia semplicemente annullabile.

La convenzione è nulla, quando vada assolutamente sformata di una delle condizioni essenziali alla sua formazione: allora è un mero fatto: dal che conseguita non esser necessario agire giudizialmente per far annullare quella pretesa convenzione; dappoiché il nulla non si annienta l'ed ognuno può opporre la nullità, o piuttosto la inesistenza, durante tutto il tempo richiesto per la più lunga delle prescrizioni, non ostante ogni ratificazione; e avvegna che neppure si ratifica il nulla! (Art. 2262 — 2169).

La convenzione è annullabile, quando tutte le condizioni essenziali alla sua formazione vi si rinvenngano, ma una di esse sia imperfetta e viziosa: allora la convenzione reputasi sempre formata: essa legalmente esiste. Dalle quali cose conseguita esser necessario agire giudizialmente per farla annullare; e potersi contestare azione di nullità istituire soltanto da alcune persone nelle interesse delle quali unicamente esiste; ed essere suscettiva di venir sanata, sia mercè espressa o tacita ratificazione, sia mercè prescrizione speciale

decennale (art. 1304, 1338 — 1258, 1292; confr. i nostri *Treatati del Matrimonio e della Separazione personale*, t. I, n. 239-244; *Della Paternità e della Filiazione*, n. 418; — *Dell'Adozione e della Patria potestà*, n. 183).

Tal distinzione, che nel nostro Codice non apparisce menomamente, deriva non pertanto dalla stessa natura delle cose: essa si applica a tutti gli atti giuridici, e segnatamente alle convenzioni; e quindi torna indubitato essere parimente applicabile alle divisioni (confr. Ducaurroy, Bonnier e Houstain, t. II, n. 781; Demante, t. III, n. 221 bis. i).

1645. — Laonde la divisione dovrebbe, a voler nostro, considerarsi nulla, ne' seguenti casi, cioè:

1. Se non avesse avuto luogo fra tutti i coeredi (art. 4078 — 1034; *infra* n. 400);

2. Se per contrario i coeredi vi avessero ammesso un estraneo cui avessero falsamente attribuito la qualità di erede (*infra*, n. 401).

3. Se la divisione avesse avuto una falsa base; dappoiché si sarebbero erroneamente supposti in tutti o in alcuni de' coeredi diritti ereditari maggiori o minori de' loro diritti effettivi (*infra*, n. 406);

4. Da ultimo crediamo ancora esser nulla la divisione, se vi si fossero erroneamente compresi, sia beni inesistenti, sia beni pertinenti privatamente ad uno de' coeredi (*infra*, n. 398).

4646. — Ed ora, in quali casi la divisione sarà annullabile?

Per regola generale le cause da cui provengono le azioni di nullità o rescissione delle convenzioni annullabili sono precipuamente:

1. L'errore;

2. La violenza;

3. Il dolo;

4. L'incapacità dell'una o dell'altra delle parti contraenti; ovvero la inosservanza delle formalità dalla legge imposte;

5. La lesione, in alcuni casi eccezionalmente determinati (confr. art. 1109-1118; 1124, 1125; 1304, 1338-1340 — 4063-4072; 4078, 4079; 4258, 4292, 4294).

4647. — Queste varie cause di annullabilità, ovvero, per adoperare la stessa terminologia del nostro Codice, di nullità o di rescissione, son forse applicabili alla divisione?

L'art. 887 — 807 dispone intorno a questo subbietto:

« Le divisioni possono rescindersi per causa di violenza o di dolo.

« Può altresì aver luogo la rescissione,

2 quando uno de coeredi prova di essere stato
 3 lesa nelle divisioni oltre il quarto. La sem-
 4 plice omissione di un oggetto dell' eredità
 5 non fa luogo all' azione di rescissione, ma
 6 soltanto ad un supplemento alla divisione».

Ben si ravvisa questo articolo additare, come cause di rescissione della divisione, soltanto la violenza, il dolo e la lesione.

Ma esso non fa menzione delle altre cause per noi additate, val dire lo errore, la incapacità delle parti e la inosservanza delle imposte formalità.

1648. — Relativamente alla incapacità delle parti ed all'inosservanza delle formalità dalla legge richieste, agevole è a comprendere il silenzio dell' art. 887.

Di fatti i compilatori del Codice trattarono altrove di coteste due cause di nullità, e compiutamente fermarono tutte le regole che vi si rannodano (art. 463, 466, 817 e seg., 1314 — 388, 389, 736 e seg. 4268; ved. il tomo III, n. 548 e seg.; agg. il nostro *Trattato della Minore età, della Tutela e della Interdizione*, ec., t. I. n. 845 e seg.).

1649. — Ma come mai spiegare la omissione dell' errore, che si rinvia nell' art. 887?

Forse cotesto vizio del consenso non è una causa di rescissione della divisione negli stessi casi in cui è una causa di rescissione delle altre convenzioni? (art. 1109-1110—1063 4064).

Pothier insegnava «le divisioni potersi rescindere per le stesse cause per cui si rescindono gli altri atti, come per cause di violenza sorpresa, errore di fatto.» (*Delle Successioni*, cap. IV, art. 6).

E l' art. 211 del progetto dell' anno VIII, della Commissione del Governo, riproduceva pressappoco letteralmente la sua dottrina nella seguente guisa:

«Le divisioni possono rescindersi, al pari di tutti gli altri atti, per causa di violenza, di dolo o di errore di fatto.» (Fenet, t. II, p. 458).

Ma questa compilazione venne modificata dietro una discussione seguita in Consiglio di Stato, e da cui emerge gli autori della legge aver divisato non esser necessario fare specialmente menzione dell' errore come causa di rescissione della divisione (confr. Loché, t. X. p. 442, n. 32).

Si è considerato che l' errore, in una divisione, non può rinvenirsi co' caratteri che vi sono necessari per adducere una causa

di nullità o rescissione, senza esservi altro mezzo per ottenere la riparazione del nocumento che esso abbia potuto arrecare.

Talchè avverrà sempre una delle seguenti cose:

O l' errore nella divisione produrrà un danno, il quale darà luogo di per sé, sia ad una nullità di pieno diritto, sia ad un' azione particolare di nullità o di rescissione;

Ovvero, come osservava Treilhard, sarà indifferente (*loc. supra cit.*).

E di fatti ravviseremo cotesta osservazione essere generalmente ben fondata.

1650. — A norma dell' art. 1110—1064:

«L'errore non produce la nullità della convenzione che quando cade sopra la sostanza stessa della cosa che ne è il soggetto.

«Non produce nullità quando non cade «che sulla persona con la quale s'intende «di contrattare, eccetto che la considerazione di questa persona sia la causa principale della convenzione».

Per adducere l' errore una causa di nullità della divisione, è adunque mestieri che sia sostanziale;

Or, per assumere siffatto carattere, è uopo ad evidenza che cada:

A. — Sia sugli stessi oggetti ereditari;

B. — Sia sul diritto ereditario de' condividenti.

Disaminiamo successivamente coteste due ipotesi:

1654. — A. — E dapprima, supponendo che l'errore sia caduto sugli oggetti ereditari, ravviseremo che non addurrà di per sé una causa di rescissione della divisione.

In vero l' errore consiste forse nell' essersi ommesso nella divisione uno o più oggetti della eredità?

Il legislatore vi ha provveduto; e statuisce la omissione medesima non dar luogo all' azione di rescissione, ma soltanto ad un supplemento all' atto di divisione (art. 887—807; agg. art. 1077 — 1033).

In vero cotesto rimedio torna allora affatto adeguato al male; ed in tal guisa si risparmiano alle parti le spese e tutti gli altri inconvenienti cotanto notevoli che trae sempre seco lo annullamento della divisione già fatta e la necessità di una divisione novella (conf. decis. C. di Aix 9 dic. 1843, Ricard, e 45 aprile 1845, Longuet, G. del F., 1845, t. II, p. 215 e seg.).

Laonde è uopo applicare cotesta regola a tutti i casi in cui un effetto ereditario venne

omesso, nella divisione, qualunque sia la causa della omissione, come sarebbe, per esempio, la sottrazione dell'oggetto medesimo fatta da uno de' coeredi (confr. decis. C. di Agen 22 dio. 1846, Casse, Dev., 1847, II, 204; ved. pure *infra*, n. 405).

Ma ancora nullalmeno è necessario, per divenire ricettibile la domanda di supplemento di divisione, che essa abbia per oggetto cose certe e determinate additate come omesse; dappoichè non potrebbesi ammettere, se fosse fondata sopra pretesi errori o omissioni non specificati, e che si pretendessero desumere soltanto da presunti beni di fortuna del defunto (confr. arresto C. cass. 21 marzo 1854, Fournier, D., 1854, I, 379).

4652. — Se l'errore consiste in un falso determinazione del valore de' beni, fa di mestieri del seguente dilemma:

O ha prodotto, in detrimento di uno dei cocondidenti, una lesione maggiore del quarto, ed allora l'errore si confonde con la lesione; e precisamente per causa di lesione la divisione sarà di fatti soggetta a rescissione;

O non ha prodotto una lesione maggiore del quarto; ed in questo caso non avrà luogo ad avervi riguardo: esso sarà indifferente (supra, n. 392; confr. art. 887 — 807).

4653. — L'errore è forse caduto su beni, relativamente alla loro esistenza, come bene ereditarii?

Ovvero, in altri termini, consiste nell'essersi compresi, nella divisione, beni pertinenti a persone terze?

Allora mercè l'azione di garanzia e secondo le particolari condizioni dell'azione medesima, l'erede, nella quota del quale tali beni trovansi compresi, debbe procedere a verso i suoi coeredi (art. 885 — 805; supra, n. 332 e seg.).

1654. — Altrettanto diremo del caso in cui l'errore fosse caduto su' difetti occulti di una cosa compresa in una delle quote: i quali difetti possono altresì, come abbiamo creduto dovere statuire, dar luogo ad azione di garanzia (supra, n. 343).

4655. — Ma che mai statuire nel caso in cui l'errore fosse caduto su la stessa esistenza di alcuni beni, su la loro materiale esistenza?

Ovvero, in altri termini, se si fossero compresi, nella divisione, beni affatto inesistenti?

Opiniamo che, per la verità de' principii, sarebbe questo un caso di nullità di pieno diritto: dappoichè l'errore allora cade, non solo su le qualità sostanziali della cosa,

ma su la fisica esistenza della cosa stessa, in ipso corpore rei: or cotesta specie di errore, di cui l'art. 4410 — 1064 è silenzioso, non costituisce soltanto una causa di rescissione della convenzione; ma è qualche cosa di più! esso osta al nascento ed alla formazione della convenzione!

Anzi cotesto principio potrebbe pure, a creder nostro, applicarsi nel caso in cui l'errore fosse consistito nell'essersi compresi, nella divisione, beni pertinenti privatamente ad uno de' cocondidenti; quest'a specie di errore ci parrebbe far mancare perimente la base essenziale della divisione (confr. *Avvisata critica di legial.*, 1856, t. IX, articolo di Pachonnet su l'errore di diritto, p. 492 e seg. ved. nondimeno arresto C. cass. 42 marzo 1845, Leroux, Dev., 1845, II, 524).

Laonde, in entrambe tali ipotesi, vi sarebbe stato luogo ad agire non per via di azione di nullità o rescissione; ma l'atto dovrebbe considerarsi non avvenuto; e le parti potrebbero di mandare, da piano, una novella divisione.

Siffatta deduzione non ci parrebbe offrire nulla di eccessivo, se i beni, intorno alla cui esistenza fosse caduto l'errore, fossero di valore considerevole relativamente agli altri beni, e soprattutto se formassero pressochè tutti i beni divisi, allora torna manifesto la divisione essere effettivamente priva di causa! (Art. 1108, 1131 — 1062, 1085).

Ma è forza confessare tal deduzione potere dar luogo per contrario ad obiezioni sommamente gravi, se i beni, intorno alla cui esistenza cadde l'errore, fossero, relativamente agli altri beni divisi, di tenue importanza. Quindi si è potuto affermare « riuscire allora troppo rigoroso il rescindere la divisione, a far di mestieri soltanto esservi un caso di gratuità » (Confr. Demante, t. III, n. 231 bis, II).

Altro che soggiungiamo che i fatti particolari possono modificare eziandio talvolta, nell'applicazione, il rigore del principio, segnatamente quando trattasi di terzi, i quali deducano contro i cocondidenti un motivo d'irricevibilità emergente dal proprio fatto di coaloro (confr. arresto C. cass. 3 mag. 1852, Balitrand; Dev. 1852, I, 447; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 380).

4656. — Si è supposto il caso in cui, in una divisione amichevole e per via di attribuzione, uno de' coeredi avesse accettato una quota, credendo formarne parte una cosa deter-

minata, mentre per contrario la cosa medesima non vi andava compresa.

E si è mossa quistione se tale errore da parte sua gli conferisse azione di rescissione avversa la divisione?

Ci parrebbe impossibile il rispondere affermativamente; dappoichè l'errore in questo caso non cade su la sostanza stessa della cosa; la stessa divisione non ha per scopo di distribuire a ciascuno de' coeredi que' beni determinatamente, che meglio convengono a ciascun di essi: il suo scopo si è il ripartire egualmente i valori ereditarii fra tutti nella proporzione de' diritti di ciascuno: indubitabilmente puossi concludere un accordo, ed è di fatti consuetudine formarsi l'accordo medesimo, quando si pervenga ad intendersi, per raggiungere nel tempo stesso questo duplice scopo; e tal risultamento è di fatti il migliore, quando si giunga a conseguirlo. Ma finalmente la stessa divisione, per la sua natura e pel suo scopo normale, non se lo propone al certo essenzialmente! (Supra, n. 264).

Dunque nel solo caso in cui l'errore del coerede, nella ipotesi in esame, fosse il risultamento di un dolo praticato verso di lui dai suoi coeredi, potrebbe dimandare la rescissione della divisione; ma ben si ravvisa la causa di questa rescissione costituirsi allora il dolo e non l'errore (confr. Demante, t. III, n. 234 bis, II; Massé e Vergé, loc. supra cit.; Marcadé, art. 887).

1657. — B. Supponiamo ora che l'errore sia caduto su la esistenza o la quantità dei diritti ereditarii dello persona.

Quindi primamente la divisione non ebbe luogo fra tutti i coeredi: uno di essi non vi intervenne: fu ommesso per errore o diversamente.

Abbiamo affermato in questo caso la stessa legge considerar nulla la divisione (supra, n. 388).

Di fatti, nel capitolo VII del Titolo delle donazioni fra vivi e de' testamenti, riguardante le divisioni fatte dal padre, dalla madre e altri ascendenti, fra' loro discendenti, l'art. 1078 — 1034 dichiara:

« Sarà interamente nulla la divisione la quale non è stata fatta fra tutti i figli che esisteranno al tempo della morte, e fra' discendenti de' figli predefunti. Tanto i figli e o i discendenti che non vi ebbero parte quanto quelli tra' quali venne fatta la divisione, potranno provocarne una nuova nelle forme legali. »

Questa disposizione non ci sembra racchiudere cosa alcuna di speciale alle divisioni fatte dagli ascendenti: essa per contrario è la conseguenza del principio generale, in conformità di cui la divisione può farsi unicamente fra tutti i coeredi o condomini: e quindi è mestieri applicarla in tutti i casi.

Quello fra' coeredi il quale non fosse intervenuto nella divisione potrebbe dunque agire *de plano*, per via di petizione di eredità o dimanda di divisione; e però l'azione medesima perdurerà un trentennio (art. 2262 — 2409).

Anzi dall'art. 1078 risulta che quelli fra' coeredi, tra' quali ebbe luogo la divisione, possono anziando, durante il trentennio, dimandare una novella divisione; la qual cosa è consentanea alla logica; dappoichè questa prima divisione va considerata come nulla e non avvenuta (confr. Merlin, *Rep.*, v. *Scelta*, § 4; Delvincourt, t. II, p. 50, nota 8; Demante, t. III, n. 231 bis, I; Zachariae, Massé e Vergé, t. II, p. 380; Aubry e Rau, t. V, p. 268).

Non pertanto avverrebbe diversamente, in questo ultimo caso, se dalle circostanze e dal modo onde segna la divisione risultasse che i coeredi, tra' quali ebbe luogo, avessero inteso doversi considerare valida tra essi; come se, per esempio, trovandosi uno de' loro coeredi privo della ragione, senza essere nondimeno interdetto, avessero proceduto alla divisione senza di lui, formando la sua quota di ufficio, oppure stabilendo soltanto a suo pro una rendita vitalizia: ciascuno de' coeredi potrebbe venire allora di fatti considerato garante verso i suoi coeredi della validità della divisione medesima, nella quale intervenne (confr. arresto C. cass. 13 feb. 1860, Peculier, *Gazzetta de' Tribunali* del 13 feb. 1860).

1658. — La stessa dottrina sarebbe similmente applicabile, a credere nostro, nella inversa ipotesi, in cui si fosse per contrario ammesso per errore nella divisione un individuo estraneo alla eredità, ed il quale non vi aveva alcun diritto (supra, n. 388).

A cagion di esempio un individuo, per effetto di un singolare concorso di circostanze, indubitabilmente rarissimo, ma nulladimeno non impossibile, fu considerato erroneamente in fatto de' coeredi come uno de' loro coeredi.

Ovvero, ciò che può supporre con maggiore verosimiglianza, comunque tale ipotesi non sia di natura tale da avvenire neppure

oggi, un individuo estraneo alla eredità venne ammesso per errore di diritto nella divisione: per esempio il figlio legittimo divide la eredità del padre col figlio adulterino di costui, che egli crede falsamente chiamato, al pari di esso, a conseguirla per metà; oppure un cugino del defunto divide la eredità col figlio di altro cugino premorto, credendo goderla da costoro il beneficio della rappresentazione.

Non pertanto dobbiamo affermare esservi una dottrina, in conformità di cui l'errore, in tali ipotesi, sarebbe soltanto una causa di rescissione della divisione, e conseguentemente l'azione di nullità o rescissione, fondata su questa causa, doversi, per essere ammissibile, istituire nel decennio a computare dal giorno in cui l'errore venne scoperto, a norma dell'art. 4304 — 1258 (confr. decis. C. di Tolosa 19 genn. 1824, Genget, Sirey, 1824, II, 415; arresto C. cass. 26 lug. 1825, Revel, Sirey, 1825, I, 370; decis. C. di Besanzone 1 marzo 1827, Petel, D., 1827, I, 95; di Aix 12 dic. 1839, Laffé, Dev., 1840, II, 476; Vazeille, art. 887, n. 4; Duvergier sopra Toullier, t. III, n. 62, nota a).

Ma per contrario è nostro divisamento, come testè cennammo, esser nulla la divisione in questo caso, o non semplicemente annullabile, riguardo allo individuo privo di diritto, ammissori per errore (ved pure *infra*, n. 406).

Non è già nostro divisamento che il silenzio del legislatore serbato su l'errore, considerato come causa di rescissione in materia di divisione, fosse di per sé stesso e per sé solo decisivo argomento per escludere assolutamente tal causa di rescissione nella subbietta materia; e se di fatti avvenisse il caso in cui l'errore incorso nella divisione offrisse i caratteri, secondo i quali diviene in generale una causa di rescissione delle convenzioni, noi non riguarderemmo sufficiente l'unico fatto del silenzio del legislatore per non ammetterlo del pari nella subbietta materia (confr. arresto C. cass. 42 marzo 1845, Le-roux, Dev., 1845, I, 521; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 278).

Ma ciò che per noi diviene determinante si è un essenziale principio, quello cioè che rinvii scritto nell'art. 1131 — 1085, la norma di cui la convenzione o la obbligazione priva di causa non può avere alcuno effetto!

Or la causa della divisione di una ere-

dità è il diritto ereditario de' coesistenti;

Dunque la pretesa divisione non può avere alcuno effetto, relativamente allo individuo estraneo alla eredità, il quale non aveva alcun diritto ereditario.

E tanto insegnava con sommo fondamento il giureconsulto Paolo:

Non est iudicium familiae erciscundae, nisi inter cohaeredes (L. 36 ff. Famil. ercisc.).

In vero la divisione non crea però il diritto de' coesistenti: il presuppone anteriore e preesistente: semplicemente il riconosce e dichiara. Quindi non potrebbesi considerare di per sé come titolo di proprietà suscettivo, per esempio, di servire di base alla prescrizione decennale o ventennale (*supra*, n. 324): la divisione è un determinazione! è, come affermava, Lebrun, *une specie di conto in cui trattasi di rilasciare a ciascuno il valore di ciò che gli è dovuto (delle Success., lib. IV, cap. I, n. 53; ved. pure Guy-Coquille, Quist. e risposte su le Cons., LVII)*.

Dunque la divisione non ha causa, rimpetto a chi, non avendo alcun diritto ereditario, siavi stato ammesso per errore; e conseguentemente l'azione competente contro di lui agli eredi veri non è un'azione di rescissione di divisione, la quale perdura un decennio, in conformità dell'art. 4304 — 1258: è questa un'azione ordinaria, la quale perdura un trentennio, a norma dell'art. 2262 — 2409; un'azione, diciamo, sia personale, di ripetizione de' pareggiamenti o altri valori indebitamente pagatigli, sia reale, di rivendicazione delle cose indebitamente consegnategli (confr. Toullier, t. II, n. 569; Duranton, t. VII, n. 553-558, e t. XXI, n. 368; Demante, t. III, n. 231 bis, I, Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 887, n. 4; Zachariae, Massé e Vergé, t. II, p. 380; Aubry e Rau, t. V, p. 277, 278).

1659. — Dagli esempi da noi addotti (*supra*, n. 400) si è potuto scorgere eziandio non farsi da noi, sotto questo rapporto alcuna differenza fra l'errore di fatto e l'errore di diritto.

Non è questo il luogo di esaminare, con gli sviluppiamenti che comporta, la tesi generale consistente nel conoscere se ciò che fu pagato per errore di diritto vada o pur no sottoposto a ripetizione.

Ci basti ora l'osservare che lo essenziale argomento su cui poggiama la tesi esposta dottrina non ammette alcuna delle distinzio-

ni che si vorrebbero desumere dal carattere dell' errore incorso, sia in fatto, sia in diritto.

In vero che cosa affermammo per provare che la divisione, nella quale un individuo, il quale non aveva alcun diritto, venne ammesso, debbasi, rispetto a lui, considerare come nulla?

Che la divisione, relativamente ad esso, reputasi priva di causa!

Or l' errore di diritto non importa apparentemente che la divisione abbia avuto una causa;

Dunque è nulla nel caso in cui abbia avuto luogo per errore di diritto, del pari che nel caso in cui abbia avuto luogo per errore di fatto.

Tale ci sembra essere stata la verdodottrina de' romani giureconsulti in mezzo a tutte le controversie cui i varii testi dettero nascente intorno alla subbietta materia (confr. L. 7 ed 8 ff. *de Juris et facti ignor.*).

Cotesta dottrina era pur quella professata da' nostri antichi giureconsulti francesi, e segnatamente da Domat (*Leg. civ.*, lib. 1. tit. XVIII, n. 44).

E crediamo doversi parimente ammettere nel nostro odierno diritto; dappoichè, mentre è unisona a' testi della legge ed a' principii del diritto, da pure alla equità la soddisfazione dovuta ad evidenza in tali diverse congiunture (confr. i giudicali riferiti, *supra*, n. 401; *agg. decis.* C. di Douai 17 ag. 4822, Revel; arresti C. cass. 26 luglio 4825, stesse parti, D., 4825, II, 400; 24 gen. 4827, Loudouls, D. 4827; I, 424; *decis.* C. di Grenoble 24 luglio 4830, Tabourecche, D., 4834, II, 84; arresto C. cass. 12 marzo 4845, Le-roux, Dev., 4845, I, 524; *decis.* C. di Lione 6 ag. 4857, Allès, Dev., 4857, II, 483; Toul-lier, t. III, n. 61-67; Duranton, t. VII, num. 557; *Rivista crit. di legis.* 4856, t. IX, p. 492 e seg., articolo di Poehonnel, su l'errore di diritto; Dalloz, *Rac. affab.* (nuova edizione), v. Successione, n. 2244).

4660. — Altronde poco monta la buona o la mala fede del terzo ammesso senza diritto nella divisione.

Alla sua buona fede indubitabilmente potrà avervi riguardo circa la restituzione de' frutti (art. 438, 549, 550 — 444, 474, 475).

Ma essa non potrebbe apparentemente procacciargli il titolo ereditario che non ha!

4661. — E forse uopo osservare neppure esservi luogo ad avere riguardo alla maggio-

re o minor quota ereditaria attribuita a questo falso erede?

Anche quando fosse, dice Duranton, di un solo ventesimo, potrebbesi reclamare avverso di lui (t. VII, n. 553).

E ciò torna evidentissimo l'avvegnachè non trattasi qui di azione di rescissione per causa di lesione, sì bene di atto senza causa, e di ripetizione dello indebito, ovvero, per parlare con maggiore esattezza, di azione di petizione di eredità.

4662. — E, non avendo i beni indebitamente attribuiti a cotesto falso erede effettivamente mai cessato di appartenere alla eredità, il vero sì è essere rimasti indivisi fra coeredi, e doversi considerare come beni omessi nella divisione altronde validamente fatta tra essi.

Dalle quali cose conseguita esservi luogo a formare di tali beni un supplemento di divisione, senza che la divisione fatta degli altri beni debba per tal circostanza rescindersi (art. 887 — 807).

Cotesta soluzione ci sembra tanto più doversi adottare in quanto che, mentre è unisona alla verità del fatto ed a' principii, offre il sommo vantaggio di ovviare a rescissioni e risoluzioni, le cui conseguenze riuscirebbero spesso cotanto spiacevoli (confr. Duranton, t. VII, n. 553; Marcadé, art. 887; Taulier, t. III, p. 392; Mourlon, *Ripet. scrit.*, t. II, p. 210; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 782; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 277; Massé e Vergé, t. II, p. 380).

4663. — Finalmente ci rimane a disaminare il caso in cui la divisione essendosi fatta tra tutti gli eredi, ed unicamente fra gli eredi, l' errore fosse caduto su la estensione del diritto ereditario di uno o più tra essi.

A cagion di esempio, uno degli eredi ha ottenuto, oltre la sua porzione ereditaria, un quarto o altra quota della eredità in forza di testamento che ne lo istituiva legatario per ante parte, e di cui ignoravasi la revocazione nel momento della divisione.

Ovvero, in senso inverso, la eredità venne divisa fra tutti i coeredi in proporzione soltanto de' diritti ereditari di ciascuno di essi; ed intanto un testamento viene scoperto, in conformità di cui uno degli eredi è legatario per ante parte di una quota qualunque della eredità.

Finalmente potrebbesi supporre che gli eredi si fossero ingannati circa l'ampiezza dei di-

riti ereditarij pertinenti a ciascuno di essi, in conformità della legge, nella successione intestata.

Qual sarà mai lo effetto di cotesto errore?

Chabot insegna non costituire di per sé una causa di nullità della divisione, e poter addivenir tale unicamente sotto l'una o l'altra della condizionali medesime, cioè:

1. Se fosse il risultamento del dolo;

2. Oppure, a prescindere dal dolo, se avesse cagionato una lesione maggiore del quarto (art. 887, n. 4); e tale è pure la dottrina professata da Pouljol (art. 887, n. 4).

Ma cotesta dottrina è, a creder nostro, affatto inaccettabile; dappoichè è manifesto l'errore cadere ancora, in tal caso, su la base essenziale della divisione, essendo, oltre la quota cui ha diritto, il vero erede effettivamente privo di titolo al pari di un estraneo; e l'attribuzione fattagli oltre la quota medesima reprints quindi altresì manifestamente priva di causa! (Confr. art. 826, 832; 1410 745, 751, 1064; supra, n. 388).

Tanto la Corte di cassazione con sommo fondamento statol con arresto del 17 novembre 1858 (Bouché, G. del F., 1859, p. 849; agg. pure decisi C. di Lione 6 ag. 1857 Allès, Dev., 1857, II, 485).

Non pertanto uno de' motivi dell'arresto della Corte Suprema si è che « in questa situazione l'errore costituisce una causa di nullità al pari del dolo o della violenza... »

Dalle quali cose parrebbe emergere tale errore effettivamente generare; come il dolo o la violenza, un'azione di nullità che dovrebbe sperimeotare entro il decennio a computare dal giorno in cui l'errore venne scoperto (art. 1304 — 1258).

Ma cotesto divisamento sarebbe forse ben fondato?

No! crederemmo.

L'errore in disamina non rode soltanto annualmente la divisione, ma la rende nulla per mancanza di causa (art. 1431 — 1085); or ci pare la vera conseguenza di siffatta nullità di diritto essere doversi la divisione considerare non avvenuta, e l'azione che ne discende essere un'azione ordinaria di petizione di eredità o di divisione, la cui durata è di un trentennio (art. 2262 — 2169; confr. Demante, t. III, n. 234 bis; Marcadé, art. 887; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 267).

1664. — Parecchi ginreconsulti insegnano altresì in questo caso neppure esservi luogo

a risolvere la divisione fatta, e doversi semplicemente procedere fra' coeredi che conseguirono una parte minor di quella che doveva loro spettare ad un supplemento di divisione per la eccedenza da restituirsì da quello o da quelli fra' coeredi che conseguirono per contrario una parte maggiore di quella loro pertinente (confr. Zachariae, Aubry e Rau, loc. supra cit.; Taulier, t. III, p. 392; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 782).

Forse ben si comprenderebbe cotesta soluzione venire ammessa nella ipotesi in cui si fosse attribuita ad un solo de' coeredi una parte maggior di quella che doveva spettargli: in vero potrebbesi affermare allora la divisione trovarsi altronde regolarmente fatta fra tutti i coeredi, salvo soltanto la eccedenza di quota attribuita ad uno di essi, e conseguentemente la eccedenza medesima dover semplicemente fra gli altri coeredi che soli vi han diritto costituire l'oggetto di una divisione supplementare (supra, n. 403).

Ma ci parrebbe più unisono a' principii lo statuire la divisione esser nulla e doversi conseguentemente procedere ad una novella divisione: di fatti non è forse vero la seguita divisione non avere realmente fatto cessare la indivisione fra' coeredi, essendovisi proceduto sopra false basi? se si supponga la divisione, in vece di attribuire ad uno de' coeredi una parte maggiore della sua quota virile, avergli per contrario attribuito una parte minor di quella che doveva spettargli, puossi mai astringere il coerede medesimo a dimandare soltanto supplementi a ciascuno de' suoi coeredi? Per l'opposto crediamo non poter venire astretto a ricevere tali supplementi, anche quando gli fossero offerti; ed allora la divisione dovrebbe, a parer nostro, riprincipiare per intero. Si potrebbe tanto meno invocare l'art. 891 — 844, in quanto che non solo l'articolo stesso, come ravviseremo, si applica alle divisioni annullabili nel solo caso di lesione, ma non potrebbesi ad evidenza applicare in verun caso alle divisioni nulle: or la divisione in disamina debbesi, a parer nostro, considerare come nulla (confr. infra, n. 408; arresto C. cass. 17 novembre 1858, Bouché, supra, n. 406; Demante, t. III, n. 234 bis, I; Zachariae, Massé e Vergé, t. II, p. 380; Mourlon, Répét. scrit., t. II, p. 210; Marcadé, art. 887).

1665. — Le ipotesi da noi esaminate ad evidenza non vennero contemplate dal legislatore nella sezione intorno a cui ragioniamo.

In vero il legislatore in questa sezione non ha pienamente in mira le divisioni nulle per causa di errore o diversamente, ma semplicemente le divisioni annullabili.

E fra le cause che possono rendere la divisione annullabile ne ha annoverato tre, val dire il dolo, la violenza e la lesione (*supra*, n. 389).

4666. — Relativamente al dolo ed alla violenza, l'art. 887 si limita a farne menzione come cause di rescissione della divisione.

E dallo stesso silenzio da esso serbato intorno a' caratteri che questi due vizi del consenso debbono offrire per produrre tale effetto conseguita doversi attenere all'uso alle regole ordinarie del diritto comune (confr. art. 1144 a 1147 — 4065 a 4074; Duranton, t. VII, n. 559).

4667. — Eziandio per cotesta ragione avvisiamo il dolo e la violenza costituire cause di rescissione della divisione, a prescindere da ogni lesione, e non solo chi dimandi, per l'una o l'altra di tali cause, la rescissione della divisione, non essere in obbligo di provare né addurre nn documenti qualsivoglia, ma non potersi né anche eliminare la sua dimanda offrendo di provare non averne sofferto alcuno.

Non pertanto la opposta dottrina ha molteplici propagatori (confr. Delvincourt, t. I, p. 50, nota 8; Chabot, art. 887, n. 2; Malpel, n. 315; Poujol, art. 887, n. 3; Rolland de Villargues, v. *Divisione*, n. 302; Vazrilie, art. 887, n. 7; Taulier, t. III, p. 394; Dutruc, n. 598).

Ma cotesta dottrina, oltre al trasgredire, secondo noi, il testo medesimo dell'art. 887, il qual non sommette l'azione di rescissione, in questi due casi, ad alcuna condizione di tal genere, disconosce ancora profondamente lo stesso principio da cui tali due cause di rescissione discendono.

In vero la divisione è una convenzione, la quale, a norma dell'art. 1104 — 1055, non può essere irrevocabilmente obbligatoria se non pel consenso valido delle parti;

Or, in conformità dell'art. 1109 — 1063, non evvi valido consenso, se questo venne estorto per violenza o sorpreso per dolo;

Dunque, quando verrà dimostrato il consenso prestato alla divisione essere il risultato della violenza o del dolo, la divisione dovrà venire annullata, val dire doversi le parti porre nello stato medesimo che se nessuna divisione avesse avuto luogo fra loro.

L'interesse, dicesi, è la misura delle azioni!

Indubitatamente; ma la ragione si è la legge presumere di pieno diritto chi eserciti tal causa di rescissione avere interesse ad esercitarla (art. 1352 — 1306; e tale sarà sempre, è forza convenirne, la verità del fatto: altronde il suo interesse sarebbe sufficiente, anche quando consistesse nella speranza che potesse avere di conseguire, mercé novella divisione, beni diversi da quello spettatigli!

Volentieri ammettiamo la mancanza d'interesse, addotta dal convenuto, poter rendere più malagevole la prova da farsi dall'attore degli atti di violenza o di dolo onde costui si duole; ma se, in ultima analisi, la prova medesima si faccia, avvisiamo doversi la divisione di necessità rescindere (confr. Duranton, t. VII, n. 565; Zachariae, Aubry e Rau, t. VII, p. 276; Massé e Vergé, t. II, p. 378; Larombière, *Trattato delle obbligaz.*, t. IV, art. 1116, n. 8).

4668. — Per gli stessi motivi ancora convenuti nell'azione di rescissione per causa di violenza o dolo non potrebbero, a creder nostro, arrestarne il corso o impedire una novella divisione, offrendo e pagando all'attore un supplemento, sia in costante sia in natura.

In vero da un lato il testo medesimo dell'art. 894 — 841, il quale permette l'offerta di questo supplemento, si applica all'azione di rescissione per causa di lesione (*infra*, n. 412 e 458).

E d'altro lato il principio affatto diverso, da cui procedono la rescissione per causa di violenza o dolo, e la rescissione per causa di lesione, spiega affatto naturalmente altresì cotesta differenza.

Ben si comprende la offerta di un supplemento arrestare il corso dell'azione ed impedire una novella divisione, quando trattisi di lesione; all'ra lo effetto corrisponde alla causa: la causa era una ineguaglianza, un deficit in una delle quote: vien riportata la ineguaglianza! viene appianato il deficit! ed ecco di fatti un rimedio topico ed adeguato al male!

Ma ben diversamente avviene della violenza e del dolo: allora la causa della rescissione non rinviersi in un documento né in un deficit qualsivoglia: essa rinviersi in un vizio del consenso; ed è manifesto la offerta di un supplemento non potere menomamente emendare il vizio medesimo.

E però la legge, la quale, in materia di vendita, permette la offerta di un supplemento di prezzo in caso di azione di rescissione per causa di lesione (art. 4684—4627), non autorizza alcuna offerta simile in caso di azione di rescissione per causa di dolo o violenza.

È forse uopo aggiungere che gravi considerazioni di morale e di ordine pubblico neppure permettevano che gli autori della violenza o del dolo avessero, caziando indirettamente, il mezzo di conservare il risultato del loro illeciti rigiri e cavarne vantaggio.

Laonde, non ostante l'opposto avviso di Poujol (art. 894, n. 2) e di Taulier (t. 414, p. 398), siffatta dottrina ci sembra indubitata (confr. decis. C. di Agen 24 genn. 1836 Delbes, Dev. 4836, II, 266; Lebrun, lib. IV, cap. 1, n. 61, 62; arresti C. cass. 40 nov. 1847, Mazoyer, e 24 ag. 1848 Vrac, Dev., 4848, I, 690-694; Chabot, art. 894, n. 4; Toullier, t. II, n. 572; Malpel, n. 345; Ducaurroy, Bonnier e Rostaing, t. II, n. 814; Demante, t. III, n. 236 bis, 1; e Temi, t. V, p. 432, nota 2; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 279).

4669.—Rimane ora l'azione di rescissione per causa di lesione, di cui il Codice dovette specialmente stabilire le condizioni e le regole; dappoiché, a differenza del dolo e della violenza, i quali costituiscono cause generali di rescissione di tutte le convenzioni, la lesione è per contrario una causa di rescissione speciale alla divisione.

È di fatti è questo l'oggetto degli art. 888 ad 891—808 ad 811, i quali trovansi esclusivamente destinati alla rescissione della divisione per causa di lesione.

Se ne rinvia la prova primamente nello stesso art. 888, comunque faccia menzione soltanto dell'azione di rescissione, senza esprimere testualmente di quale esso tratti: ma lo stesso carattere della sua disposizione è sufficiente a dimostrare avere in mira ad evidenza unicamente l'azione di rescissione per causa di lesione.

In vero affermare l'azione di rescissione doversi ammettere avverso ogni atto il quale abbia per oggetto di far cessare la divisione fra coeredi, ancorchè qualificato vendita, permuta o transazione, è ad evidenza supporre trattarsi di azione di rescissione, la quale viene ammessa avverso una divisione, ma non verrebbe ammessa contro la vendita, la permuta o altra transazione; val dire, in altri termini, trattarsi di causa di rescissione

speciale alla divisione; dappoiché se si trattasse di azione di rescissione ammessa parimente avverso tutte le convenzioni, divisione, vendita, permuta o transazione, torna manifesto l'art. 888 rimanere privo di significazione.

Or precisamente l'azione di rescissione per causa di lesione è l'unica, la quale, venendo ammessa contro la divisione, non ammettasi avverso la vendita, la permuta o la transazione;

Dunque è dessa l'unica di cui tratta l'art. 888.

Rispetto all'azione di rescissione per causa di violenza o dolo, come viene ammessa avverso la vendita, la permuta o la transazione, del pari che avverso la divisione, torna manifesto il legislatore non abbisognar di dichiarare doversi ammettere avverso la divisione, anche quando si facesse sotto forma di vendita, permuta, transazione o altra guisa.

Ed i tre seguenti articoli (889 ad 894 — 809 ad 811), i quali sono lo sviluppo della stessa teorica, dimostrano altresì per concatenamento onde annodarsi gli uni agli altri, per la natura della loro disposizione e per lo stesso loro testo, avere essi in mira unicamente l'azione di rescissione per causa di lesione ad esclusione dell'azione di rescissione per causa di violenza o dolo.

Mentre al contrario, per una singolarità abbastanza notevole, l'art. 892 — 812 tratta unicamente dell'azione di rescissione per causa di violenza o dolo ad esclusione dell'azione di rescissione per causa di lesione (Infra, n. 496).

4670.—La lesione non è una causa di rescissione delle convenzioni, tranne in alcuni casi eccezionali in cui viene ammesso dalla legge:

Sia riguardo a taluni contratti;
Sia riguardo a talune persone (art. 4118, 4313 — 4072, 4267).

Le persone che possono venire restituite per causa di lesione sono, come già dimostrammo, i minori (ved. il nostro Trattato della Minore età, della Tutela, ec., t. I, n. 820 e seg.)

Relativamente a' contratti, la legge ne ammette la rescissione per tal causa soltanto in due casi:

1. Rispetto alla vendita di un immobile, nello interesse del venditore, quando la lesione fu maggiore di sette dodicesimi (art.

1674 — 1520); e ciò per motivi di protezione e di tutela pressappoco simili a quelli che fecero ammettere la rescissione per causa di lesione a pro del mutuario, che consentì a pagare interessi usurarii (legge del 3 sett. 1807);

2. Rispetto alla divisione (art. 887 e 1079 — 807 e 1035; *vedi*, estendendo un caso particolare di rescissione per causa di lesione in materia di società nell' art. 4854 — 4726).

Di fatti non avrebbersi potuto, senza snaturare profondamente il carattere de' contratti commutativi, e segnatamente senza arrecare la più grave perturbazione nel commercio della civile società, ammettervi la lesione come causa di rescissione.

Non pertanto cotesto principio non fu sempre ammesso; ed era pure, in tempo di sommo progresso del nostro antico diritto francese, l'esi controversa quella in quali contratti la rescissione per causa di lesione dovevasi o pur no ammettere. L' Ordinanza di di Carlo IX di aprile 1560, volgarmente denominata l' *Editto delle transazioni*, stabiliva le transazioni non essere rescindibili per causa di lesione. Ma nella maggior parte i giureconsulti ammettevano la rescissione per causa di lesione in materia di permuta; e molto contenevasi, in materia di vendita, intorno alla questione se la vendita fosse rescindibile, a pro del compratore, del pari che a pro del venditore, per causa di lesione oltre la metà. Segnatamente Pothier, ad onta de' molteplici dissentimenti, opinava per l' affermativa (della vendita, n. 572; *confr.* Lonet lettere L, cap. X; llenrys e Bretonnier, IV, p. 245; Despeisses, I, p. 27).

Il nostro odierno diritto è molto più stabile e preciso con l' art. 1118 — 1072; e se, dopo la regola generale stabilita con quello articolo, rinvengono ancora nondimeno alcuni articoli, onde hassi la inutilissima cura dichiarare la lesione non essere una causa di rescissione de' contratti, cui riguardano, come l' art. 1683 — 1529 in materia di vendita, l' art. 4706 — 4552, in materia di permuta, e l' art. 2053 — 4925, in materia di transazione, torna manifesto doversi quivi scorgere una specie di storica reminiscenza dell' antica controversia da noi cennata.

Dunque è regola generale stabilita dal nostro Codice, ed indubitabilmente con somma ragione! la lesione non essere una causa di rescissione nelle convenzioni commutative.

Ma la divisione non è una convenzio-

ne al pari di ogni altra; essa non ha un carattere commutativo: è per contrario una operazione da andare immune da ogni divisamento di speculazione e di guadagno, ed in cui ciascuno debbe aspirare, come nel conteggio, a conseguire ciò che gli compete, nè più nè meno!

Val dire la eguaglianza esserne la base, e, in certa guisa, l' anima!

Quindi, allorchè la lesione eccedette un determinato limite, il legislatore considera di fatti la divisione viziata nel suo esenziale carattere, e doversi riparare la divisione medesima: dappoichè all' ora è dessa di necessità il risultamento, sia di un errore, sia della malagevole posizione di uno de' coeredi, impaziente di ottenere la sua quota per procacciarsi danaro!

E per tal motivo la lesione vi fu ammessa come causa di rescissione, del diritto romano e nel nostro antico diritto francese. E pur notevole la legge intermedia del 3 germile anno V, la qual abolì l' azione di rescissione de' contratti di vendita o equipollenti a vendita fra persone di maggiore età per lesione oltre la metà, lasciare essa medesima sussistere l' azione di rescissione per causa di lesione avverso le divisioni (*confr.* arresto C. cass. 6 apr. 1807, Fleuriot, Sirey, 1807, II, 4044).

1674. — Non pertanto la perfetta, e per così dire finale eguaglianza torna quasi impossibile ad ottenersi: il valore de' beni non sempre è suscettivo di stima precisa e rigorosa: errori o inesattezze possono più o meno incorrervi; e se una lesione qualsivoglia fosse stata sufficiente ad autorizzare il coerede a dolersi nessuna divisione sarebbe andata immune da siffatta causa di rescissione!

Non pertanto dobbiamo affermare un tempo, nel perimetro giurisdizionale di alcune consuetudini, e segnatamente in Breagna, la rescissione della divisione venire ammessa per la lesione anche più modica (*confr.* Duparc-Poullain, t. IV, p. 480; Papon, lib XV, tit. VII, art. 6; Lebrun, lib. IV, cap. 4, n. 52; *vedi* pure le osservazioni del Tribunal di cassazione, Fenet, t. II, p. 584).

Ma di leggieri si comprendono i gravi inconvenienti di un tal sistema, e tornare indispensabile, per garantire la stabilità delle divisioni e la tranquillità delle famiglie, il determinare il carattere o piuttosto la importanza da assumersi dalla divisione per divenire una causa di nullità.

Siccome la vendita, appe i Romani, poteva rescindere per causa di lesione solo quando il prezzo fosse minore di metà del valore effettivo della cosa, *dimidia pars veri pretii* (L. 2, Codice de Rescind. vendit.), così doveva naturalmente risultare dall' assimilazione fattavisi tra la divisione e la vendita, che la lesione doveva eziandio essere maggiore di metà, per addivenire una causa di rescissione della divisione; e tanto sembrano statuire i testi, comunque però nessun di essi avesse espressamente determinato la quantità indispensabile per la lesione in materia di divisione (confr. L. 1 e 3, Codice Comm. utr. jud., e L. 4, Codice Comm. divid.; Antonio Fabro, de Error. pragmatic., dec. 8, errore 1, Molino, de Usuris, quist. 44, n. 482).

Ma ciò non si osserva appo noi, diceva Lebrun (lib. IV, cap. 1, n. 53); e di fatti, secondo una opinione ricevuta in Francia, sin dal decimo sesto secolo, era sufficiente nelle divisioni la lesione del quarto: non pertanto parecchi ginreconsulti avrebbero desiderato che la lesione fosse almeno del terzo, segnatamente quando i coeredi non fossero fratelli e sorelle; anzi, per conciliare coteste due idee, escogitarono dover la lesione essere del terzo al quarto (confr. Henrys, lib. IV, quist. 173, n. 5).

Il nostro Codice è stato più preciso e chiaro, disponendo dover la lesione essere maggiore del quarto (art. 887, 4079 — 807, 4035).

4672. — Non pertanto cotesto limite riguarda la divisione de' beni corporali; e sarebbe, a parer nostro, affatto inapplicabile, se si trattasse di beni incorporeali.

A cagion di esempio, supponiamo che due eredi succedano a chi lasci nella sua eredità un credito di 8000 franchi, senza alcuno oggetto corporeale, o abbia disposto, a pro di un terzo, di tutti i suoi beni corporali, per lasciare a' suoi eredi il credito di 8000 franchi.

Da un atto che abbia avuto luogo, relativamente al credito medesimo fra due eredi, risulta uno conseguire per parte sua 4500 fr. e l'altro soltanto 3500.

Ebbene! costui potrà reclamare avverso tale atto, comunque la lesione da lui sofferta non sia maggiore del quarto.

In vero i crediti dividonsi di pieno diritto fra gli eredi (art. 1220 — 1473); e quindi non formando tra loro l'oggetto di una vera divi-

sione: or unicamente pel caso di una vera divisione la legge regola l'azione di rescissione per causa di lesione.

È ben vero potersi comprendere gli stessi crediti nella divisione, e gli effetti della divisione allora addvenir loro eziandio applicabili (supra, n. 292 e seg.); ma ciò suppone esservi luogo all'onde ad una divisione, ed i crediti medesimi andar considerati come uno degli elementi della massa divisibile.

Per contrario, nell'addotta specie, non evvi effettivamente massa divisibile, nè conseguentemente possibile divisione; e l'atto, per effetto di cui uno de' coeredi, il quale doveva conseguire 4000 franchi, ne conseguì 3500, reputasi all'uopo puramente e semplicemente un atto privo di causa (art. 4431 — 4085).

E uopo soggiungere lo essenziale motivo, che fece richiedere una lesione maggiore del quarto, cioè la incertezza più o meno inevitabile delle stime, non rinvenirsi menomamente qui: nulla doveva alimarsi; e la lesione, qualunque sia, apparisce allora manifesta a prime aspetto!

4673. — Osserviam pure, eziandio in una vera divisione, la lesione, anche quando non fosse maggiore del quarto, doversi riparare, se fosse il risultamento di un semplice errore di calcolo: in vero cotesta specie di errore è generalmente dovunque riparabile (arg. dall'art. 2058 — 1930; confr. supra, n. 342; arresto C. cass. 8 nov. 1826, Croy-Chanel, D., 1827, I, 44; decia. C. di Bordò 16 marzo 1826, Raymond-Laforcade, D., 1829, II, 454; Ducaurroy, Bonnier e Rostaing, t. II, n. 782 ed 805).

Se non cho è rilevante il non confondere un semplice errore di calcolo e per così dire di aritmetica con un errore di valutazione o stima: di fatti torna manifesto questo ultimo, essere precisamente quello che costituisce la lesione, la quale debbe essere maggiore del quarto ed è riparabile soltanto mercè di azione di rescissione (confr. decia. C. di Parigi 24 marzo 1859, Baudoin, G. del F. 1859, p. 536, Troplong, delle Transazioni, num. 166-168).

4674. — È uopo però che quello fra' coeredi, il quale si dolga di essere stato leso, sia di fatti esso medesimo soggiaciuto, relativamente alla propria quota, ad una lesione, maggiore del quarto.

« Può altresì aver luogo la rescissione, » dichiara l'art. 887 — 807; quando

« uno de' coeredi provi di essere stato lesa »
 « nella divisione oltre il quarto. »

Dunque non basterebbe che uno o più degli altri eredi conseguissero comparativamente una quota molto più considerevole della sua, e che conseguissero, per esempio, essi più del quarto di ciò che doveva loro spettare.

La lesione ha luogo non per quanto alcuni abbiano di più, ma unicamente per quanto uno abbia di meno di ciò che gli doveva spettare.

Per esempio una eredità di 48,000 franchi spetta a quattro eredi in parti eguali : dunque ciascuno dovrebbe avere 12,000 fr.

Ma per contrario dalla seguita divisione risulta tre de' coeredi consegnir nove, mentre il quarto consegue ventuno, val dire una parte di valore più che doppio di quella dei suoi coeredi !

Indubitatamente potrebbe esservi luogo, se avvenisse qualche ipotesi simigliante, ad impugnare la divisione per causa di dolo; e colesia ineguaglianza si grave ne costituirebbe anzi un primo indizio.

Ma lo indubitato si è ciascuno de' coeredi non trovandosi lesa più del quarto non potere di fatti istituire azione di rescissione per causa di lesione (confr. Esnard sopra Lebrun, lib. IV, cap. 1, n. 53; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 385).

1675. — Il valore effettivo de' beni e non la stima lor data dee servire di base per determinare se il coerede che si duole sia stato lesa effettivamente più del quarto (arg. dall' art. 890 — 810).

A cagion di esempio, la sua prova non reputerebbesi fatta, se si limitasse a pretendere ovvero dimostrare i beni compresi nella sua quota, stimati 42,000 franchi, valere per contrario 8500. Forse i beni compresi nelle altre quote non avrebbero potuto parimente stimarsi essi medesimi in proporzione più o meno alterata ? Or in tal caso non vi sarebbe lesione più da un lato che dall'altro.

Dunque non bisogna aver riguardo alle stime, che potettero essere minori o maggiori dello effettivo valore de' beni.

Allo stesso valore di tutti i beni componenti la massa divisibile è forza ottenersi per determinare il valore della quota, che ciascuno de' coeredi doveva conseguire, e per conoscere, conseguentemente se avesse almeno conseguito i tre quarti del valore medesimo (confr. decisi. C. di Parigi 24 marzo 1859,

Baudoin, G. del F., 1859, p. 336; Demante, t. III, n. 234 bis. III).

1676. — Ed in vero, a norma dell' art. 890 — 810 :

« Per riconoscere se vi sia stata lesione, « si fa eseguire la stima degli effetti giusta il « loro valore all'epoca della divisione. » (Arg. art. 1306, 1675 — 1260, 1521).

Dalla stessa divisione debbe emergere la lesione ; e conseguentemente agli eventi posteriori, per effetto di cui lo effettivo valore de' beni compresi nello varie quote si trovasse accresciuto o diminuito, non potrebbesi ad evidenza avere il minimo riguardo. Dopo la divisione ciascuno diviene proprietario de' beni spettatigli ; e torna semplicissimo i beni medesimi trovarsi in avvenire a rischio di di ciascuno (supra, n. 344).

Eh ! ma diversamente potrebbe accadere, dopo il volgere di qualche tempo, le stesse divisioni, in cui la egualianza fosse stata meglio osservata, poter venire impugnate per causa di lesione !

1677. — Ad evidenza sul complesso, su la totalità de' beni compresi nell' sua quota, il coerede che si dolga debbe aver sofferto una lesione maggiore del quarto.

A cagion di esempio a che monta uno dei beni compresi nella sua quota essersi stimato dodici, mentre valeva otto, se un altro oggetto compreso nella sua quota venne stimato otto, mentre valeva dodici ? Forse in ultima analisi non ha conseguito tutto il valore che doveva spettargli ? (confr. Merlin, Rep., v. Lesione, § 4, n. 7; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 385).

1678. — A norma dell' art. 1678 — 1524 :
 « La prova della lesione (in materia di « vendita) non potrà farsi che col mezzo di « relazione di tre periti, i quali saranno te- « nuti di stendere un solo processo verbale « comune, e di non formare che un solo giu- « dizio a pluralità di voti ».

Ma l' articolo medesimo è relativo alla sola lesione in materia di vendita d' immobili ; e siccome è eccezionale, e d' altro lato nessuna disposizione simigliante esiste in materia di divisione, così avvisiamo d'orsene inferire non essere di fatti applicabile alla prova della lesione nella subbietta materia ; tanto più che la legge ammette più favorevolmente la rescissione per causa di lesione nella divisione che nella vendita (confr. art. 887-1674 894-1681; 1304-1676—807-1590, 811-1527 1258-1522).

Dalle quali cose conseguita il magistrato potere egli medesimo fare la stima degli oggetti ereditarii, e comprovare così la lesione senza preventiva perizia, in conformità de' documenti esibiti: ciò che altronde è unisono alla regola, o norma di cui la perizia è in generale meramente facoltativa (confr. arresto C. cass. 2 marzo 1837, Billonneau, Dev., 1837, I, 989; 29 giugno 1847, Gastel, Dev., 1848, I, 369; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 574, nota 2; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 285; ved. eziandio decis. C. di Limoges 14 feb. 1827, Blanc, D., 1831, I, 81; Troplong, della Vendita, t. II, n. 831).

1679. — Ma è forse uopo dichiarare eziandio inapplicabile, in materia di divisione, l'art. 1677 — 1823, il quale dispone, in materia di vendita, la prova della lesione potersi ammettere con sentenza, e nel caso soltanto in cui i fatti articolati fossero abbastanza verosimili e gravi abbastanza per farla supporre?

A prima giunta parrebbe malagevole lo statore il magistrato poter ordinare una perizia per la verificazione della lesione, eziandio nel caso in cui l'attore non avesse articolata alcun fatto abbastanza verosimile e grave per farla supporre (confr. decis. C. di Montpellier 28 lug. 1830, Combes, D., 1831, II, 87).

Non pertanto, potendo il magistrato stesso far la stima in conformità de' documenti esibiti, non ne conseguita forse quindi altresì potere ricorrere a chiarimenti, se lo creda conveniente, derivanti da perizia?

Di fatti cotesta conseguenza ci sembra logica e ragionevole (confr. decis. C. di Montpellier 10 feb. 1814, Delord, Dev., 1814, II, 220; Zachariae, Aubry e Rau; Duvergier sopra Toullier, loc. supra cit.).

1680. — Ed è forza conseguentemente del pari desumerne in senso inverso, il magistrato potere eziandio, senza ordinare una preventiva perizia, rigettare la domanda di rescissione, quando gli atti e le circostanze del fatto gli dimostrano, sin dal momento, non sussistere la lesione (confr. arresto C. cass. 3 dic. 1833, Dev., 1834, I, 34; decis. C. di Montpellier 10 feb. 1814, supra, n. 424).

1681. — Quando la lesione sussiste e trovisi provata nelle condizioni determinate dalla legge, reputasi una causa di rescissione avverso ogni atto di divisione ed ogni atto equipollente a divisione.

In vero posasi affermare il legislatore aver

considerato la eguaglianza fra' cocondiventi come principio essenziale nella subbietta materia!

Di qui trae sua origine la rilevante disposizione dell' art. 888 — 808, il quale è del tenor seguente:

« L'azione di rescissione sarà ammessa contro qualunque atto il quale abbia per oggetto « di far cessare la comunione tra' coeredi, « ancorchè fosse qualificato con titolo di vendita, di permuta e di transazione, o di « qualunque altra specie.

« Ma dopo la divisione, e dopo l'atto fatto « in luogo della medesima, l'azione di rescissione non è più ammissibile contro la « transazione fatta sopra le difficoltà reali che « presentava il primo atto, ancorchè non vi « fosse stata sopra tale oggetto alcuna lite incotta ».

1682. — E primamente torna incontrastabile i coeredi non potere rinunziare, eziandio espressamente, con l'atto di divisione, alla facoltà di dimandare la rescissione per causa di lesione.

Avverrebbe così, anche quando avessero dichiarato donarsi la differenza di valore che potrebbe esistere tra le varie quote (arg. dall'art. 1674 — 1520; confr. decis. C. di Pau 12 genn. 1826, Pausis, D., 1826, II, 112; di Nîmes 15 genn. 1830, Aymard, D., 1839, II, 182, Lebrun, lib. IV, cap. 1, n. 56; Vazeille, n. 46).

Questa rinunzia o pretesa donazione presumerebbesi di pieno diritto colpita dallo stesso vizio di errore, e forse altresì di sorpresa ebbi la divisione medesima racchiudente la lesione. Altronde l'art. 1335 — 1292 dimostra, per le diverse condizioni cui sottopone la conferma di una convenzione rescindibile, tal conferma non potersi inserire nella convenzione medesima: di fatti sarebbe cosa inaudita che la stessa convenzione rescindibile contenesse la propria conferma! e debbonsi tanto più dichiarare nulle coteste specie di clausole in quanto che dovrebbero temere, se venissero tollerate, addivenire, come suol dirsi, di stile negli atti di divisione, di cui bentosto snaturerebbero e pervertirebbero il carattere con grave detrimento di cotesta eguaglianza cotanto essenziale a serbarvi! (Confr. il nostro Trattato della pubblicazione, degli Effetti e dell' Applicazione delle leggi in generale ec., n. 20).

1683. — L' art. 888, omettendo l'azione di rescissione contro qualunque atto il quale

abbia per oggetto di far cessare la comunione tra' coeredi non distingue la divisione amichevole dalla divisione giudiziale; e di fatti è forza statuire l'azione doversi ammettere parimente avverso l'una e l'altra (*supra*, n. 385).

Siffatta affermazione è indubitata, segnatamente rispetto alle divisioni, le quali, atteso la qualità de' coeredi o di alcuni fra essi, possono farsi solo giudizialmente (confr. de Fréminville, della *Minore età*, t. II, n. 878).

È ben vero, in conformità dell'art. 4684 — 4330, la rescissione per causa di lesione non aver luogo in tutte le vendite, le quali, in conformità della legge, possano farsi solo giudizialmente (confr. de Fréminville, della *Minore età*, t. II, n. 878).

Ma, in materia di divisione, non rinviensi alcun testo similgiante; e di fatti i motivi di differenza sono agevoli a comprendere. Si è potuto con sommo fondamento divisare le vendite, le quali possono farsi soltanto giudizialmente, andare immuni dal pericolo di questa enorme lesione che l'azione di rescissione ebbe per iscopo di riparare, ed essere rilevante, nello stesso interesse del proprietario dello immobile venduto, lo assicurare la stabilità della vendita; ma le formalità della divisione giudiziale han potuto per contrario non sembrare una garanzia sufficiente avverso la inegualianza delle quote ed avverso la lesione cui può dar luogo; e siccome allora il magistrato fa un atto di volontaria giurisdizione, suppone semplicemente, ma non giudica esistere la eguaglianza, così di fatti non evvi alcuna autorità di cosa giudicata, la quale impedisca poter la lesione venire opposta e riparata (confr. Despeisses, *part. I*, tit. III, sez. IV, distinz. V, Roussseau de La Combe, v. *Divisione*, sez. VI, n. 4; Pothier, delle *success.* cap. IV, art. 6; Merlin, *Rep.*, v. *Lesione*, § 4, n. 7).

Ma questo stesso motivo dimostra abbastanza diversamente accadere nel caso, per contrario, in cui trovandosi il magistrato investito di una controversia fra' condividendi, ad obbietto di stabilire le basi, in conformità di cui le operazioni della divisione dovrebbero aver luogo, avesse fatto un atto di giurisdizione contenziosa: allora visarrebbe di fatti, so' punti risolti con la sua decisione, autorità di cosa giudicata; e l'azione di rescissione per causa di lesione potrebbe venire ammessa unicamente sotto la condizione di

non esser rimessi in questione (arg. dall'art. 2052 — 4924; confr. arresto C. cass. 41 giugno 4838, Fedas, *Dev.*, 4838, I, 834; decis. C. di Lione 26 feb. 1844, Lilaud, *Dev.*, 1842, II, 225, Vazeille, art. 887, n. 4; Dutruc, n. 607; Zach., Aubry e Rau, t. V, p. 284, 285).

4684. — Un tempo alcuni giureconsulti divisarono l'azione di rescissione, per causa di lesione, non essere ammissibile quando le quote furono estratte a sorte.

Tale sembra essere stata segnatamente la opinione di Guy-Coquille pel motivo che « lo incerto evento della sorte astringerà ciascuno de' condividendi ad aver cura della eguaglianza delle quote, ignorando quale dovrà appartenergli, e la sorte rimuove ogni sospetto di favore, rigiro o agguato ». (*Quiaf. e resp. su le Cons.*, 457).

Ma la opposta dottrina era quella professata da Lebrun (lib. IV, cap. 4, n. 55) e da Pothier (delle *Success.*, cap. IV, art. 6).

E cotesta dottrina è al certo ancora oggidì l'unica ben fondata; dappoichè, ammettendo gli eventi della sorte rimuovere ogni sospetto, di cui parlava Guy-Coquille, torna almeno indubitato non rimuovere sempre i rischi dell'errore (confr. Ducaurroy, Bonnier e Ronsaing, t. II, n. 805).

1685. — Altrove la parziale divisione della eredità va al pari della divisione totale, sottoposta all'azione di rescissione per causa di lesione.

E quindi avviene altrettanto della licitazione, qualora una de' coeredi siasi renduto aggiudicatario (confr. *supra*, n. 272; decis. C. di Nîmes 40 messidor anno XIII, Pradel, *Dev.*, e Car., *Collez. nuova*, 2, II, 75; di Lione 29 dic. 4835, Galopin, *D.*, 4837, II, 98; Merlin, *Rep.*, v. *Lesione*, § 4, n. 7; Fournet de Conflans, art. 885, n. 5; Duranton, t. VII, n. 576; Chabot, art. 838, n. 2; Ponjol, t. II, p. 387).

In vero l'art. 888 non distingue se la divisione, la quale abbia cagionato una lesione maggiore del quarto, comprenda tutti i beni o soltanto una parte di essi, come, per esempio, i mobili soltanto o soltanto una parte degli immobili, ec.; e torna evidente il principio di eguaglianza, essenziale in ogni divisione, non poter comportare alcuna distinzione di tal genere.

4686. — Ma sorge qui una questione di scioglimento assai procacioso, cioè:

Se, quando una parziale divisione, impugnata per causa di lesione, fu preceduta o

seguita essa medesima da altre parziali divisioni, faccia mestieri fittiziamente riunire, in una sola massa, il valore di tutti i beni compresi in queste frazionali divisioni, e statuì esservi lesione soltanto quando il coerede attore per rescissione non avrà conseguito, nel complessivo risultamento di tali varie divisioni, i tre quarti di ciò che gli doveva spettare in questo totale valore?

Ovvero, per contrario, se tali varie parziali divisioni non sieno indipendenti le une dalle altre; se il merito di ciascuna di esse non debbasi quindi valutare di per sé e per sé solo; e conseguentemente non basti uno dei coeredi non aver conseguito i tre quarti almeno di ciò che doveva spettargli de' valori formanti l'obbietto di una di coteste parziali divisioni, per potere la divisione medesima venire rescissa, senza esservi luogo ad intrattenersi delle altre divisioni anteriori o posteriori, onde gli altri valori della eredità avessero potuto essere, più o meno inegualmente, divisi?

Siffatta ultima tesi può pur troppo energicamente sostenersi, a parer nostro:

4. Osservammo essere io libertà de' coeredi il fare una parziale divisione, e la divisione fatta in tal guisa doversi riguardare come definitiva, sia tra essi, sia rispetto a' terzi (ved. il t. II, n. 615).

Or il sostenere esser definitiva una parziale divisione non è forse di fatti sostenere avere essa una esistenza propria, distinta ed indipendente dalle parziali divisioni che avessero potuto già farsi, o che potessero farsi dappoi?

Una di tali divisioni indubitabilmente potrebbe venire, impugnata separatamente per causa di dolo o violenza, senza esservi luogo a contendere intorno alle altre divisioni; e quindi eziandio una di esse debbe potersi venire impugnata separatamente per causa di lesione, senza esservi luogo ad intrattenersi intorno alle altre divisioni non impugnate.

Forse siffatte illazioni non discendono parimente dal testo stesso dell' art. 887, il quale dichiara le divisioni potersi rescindere per causa di violenza o dolo, e potersi eziandio esser luogo a rescissione quando uno de' coeredi dimostri in suo detrimento una lesione maggiore del quarto? Forse coteste varie cause di rescissione, non si applicano effettivamente, in conformità dell' articolo in esame, alle divisioni, val dire a tutte le divisioni, oppure separatamente e distribuitivamente a ciascuna di esse?

2. Questa conclusione, unisona al testo, sembra altronde parimente unisona a' principii ed alla comune volontà delle parti; dopochè, facendosi una divisione parziale, se le parti abbiano voluto fare la divisione di una porzione de' valori ereditarij, almeno han forse voluto fare la divisione della porzione medesima, nella stessa guisa che avrebbero fatto la divisione de' valori totali, cioè definitivamente; e quindi i principii non impongono che ciascuna di tali divisioni venga considerata come convenzione definitiva da valutarsi di per sé, in conformità degli elementi di validità o nullità ad essa proprii!

3. Finalmente soggiugniamo la opposta dottrina produrre conseguenze sommamente funeste.

Di fatti, se una delle parziali divisioni, di per sé e separatamente rescindibile per causa di lesione, potesse divenire non rescindibile pel suo ravvicinamento alle altre divisioni parziali, da cui emergesse il coerede non essere stato lesa più del quarto su la totalità de' valori compresi in queste diverse divisioni, dovrebbe esserne la conseguenza del pari scambievolmente una delle divisioni parziali comunque non essendo di per sé e separatamente rescindibile, potere per contrario divenire rescindibile pel suo ravvicinamento alle altre divisioni parziali, da cui risultasse il coerede essere stato lesa più del quarto su la totalità de' valori compresi in queste varie divisioni: tal conseguenza sarebbe logica ed equa; dappoichè se cotesto metodo della riunione di tutte le divisioni parziali può adoperarsi contro il coerede attore per rescissione, per dimostrare non avere sofferto una lesione maggiore del quarto, la reciprocanza più equa di fatti e più giuridica richiede potersi parimente adoperare da lui, ad obbietto di dimostrare esser soggiaciuto alla lesione medesima! ma allora vedrassi dimandare la rescissione di tutte quelle parziali divisioni congiuntamente, anche quando nessuna di esse fosse di per sé effettivamente rescindibile!

Ciò non è tutto!

Che mai avverrà, se una delle divisioni parziali anteriori fu fatta da più di un decennio, quando un' altra divisione posteriore verrà impugnata per causa di lesione? Osserveremo essersi sfatuito che, eziandio in questo caso, la divisione parziale anteriore, avverso la quale trovavasi prescritta l' azione

di rescissione per causa di lesione, a norma dell'art. 1304—1258, dovrebbero nominare ravinare alla divisione posteriore, e che la lesione dovrebbe determinare secondo il valore totale de' beni compresi nelle due divisioni! Ma, a prescindere dal grave inconveniente risultante da siffatta soluzione, e cui precisamente la prescrizione ha per scopo di ovviare, di sottoporre i beni anteriormente divisi ad una stima retrospettiva la quale non abbia più la avvenire alcun limite nel passato, forse non risulterà ancora da ciò la correlativa conseguenza il coerede il quale pretenderà essere stato leso dal risultato ravinare delle due parziali divisioni poter sostenere altresì la prescrizione decennale, comunque incorsa riguardo alla divisione parziale anteriore, non impedirgli di ravinare il risultato della divisione medesima al risultato della divisione posteriore, per dimostrare che se nessuna delle due divisioni, separatamente, gli abbia cagionato una lesione maggiore del quarto su la porzione de' valori che ne formava l'obbietto, le due divisioni congiuntamente gli cagionarono questa lesione su la totalità de' valori compresi! val dire in ultima analisi la prescrizione dell'azione di rescissione per causa di lesione avverso una divisione parziale trovarsi sospesa sia al tempo, per quanto remota esser possa, la cui tutti i beni della eredità si troveranno divisi!

Finalmente non bisognerà che, nell'opposto sistema, qualora, dopo avere diviso una parte de' beni della eredità, i coeredi abbiano lasciato nella indivisione alcuni, altri beni, uno o più immobili, per esempio, come nel caso contemplato con l'art. 975 C. pr. civ. — 1034, i periti, nella stima degli immobili medesimi e nella formazione delle quote da farne, vadano in traccia di ciò che praticossi nelle precedenti divisioni; che verificassero se vi furono ingegnanze qualsivogliano, per guisa da doverle riparare con la nuova divisione, ad obbietto di non dare adito, con una ingegnanza novella qualsivoglia, ad un'azione di rescissione la quale non potendo risultare separatamente dalla divisione anteriore, né dalla divisione attuale, potrebbe forse emergere da queste due divisioni riunite!

La vero tutti questi argomenti non dimostrano le diverse divisioni parziali, ben lungi dall'essere solidali in certa guisa le une delle altre, essere per contrario distinte ed in-

dipendenti, e però, avuto riguardo al risaltamento distinto e separato di ciascuna di esse, doversi la lesione separatamente e distributivamente determinare! (Confr. decis. C. di Nîmes 30 messidoro anno XIII, Thomas, D., 6, II, 230; Duranton, t. VII, n. 576; Rolland de Villargues, *Rep.*, v. *Lesione*, n. 82 e seg.; Armano Dalloz, *Diz.*, v. *Rescissione*, numero 130).

Non pertanto dobbiamo convenire la giurisprudenza esser contraria a siffatta tesi, e la dottrina più generale professata dagli autori aver preso a seguire la giurisprudenza:

« Atteso, in dritto (dichiara la Corte di cassazione) che accordando in materia di divisione l'azione di rescissione al coerede il quale dimostri, in suo detrimento, una lesione maggiore del quarto, il legislatore ha necessariamente inteso che, nel caso di divisioni successive o parziali della stessa eredità, la lesione, comunque accagionata ad un solo di tali atti, verrebbe determinata mercé il suo ravinamento agli altri; che diversamente il disvantaggio dell'atto impugnato potendosi compensare col vantaggio emergente da tutti o da alcuni atti simili che il precedettero e seguirono, il magistrato verrebbe indotto a dichiarare una lesione che nulla offrirebbe di reale ». (Arresto 27 aprile 1841, Bourgein, *Dev.*, 1841, I, 388, di rigetto del ricorso avverso una decisione della Corte di Rouen del 4 marzo 1838, Bourgonja, *Dev.*, 1839, II, 191; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 240; Duvergier sopra Toullier, t. II, p. 576, nota 6; Dutruc, n. 620).

È soggiungesi poco rilevare che la divisione parziale, anteriore alla divisione impugnata, risalisse già, nel tempo della istituzione del giudizio, a più di un decennio; dappoiché non trattasi, dicessi, po' coeredi coavenuti, di dimandarne la rescissione anche semplicemente per via di eccezione; trattasi di riunire fittiziamente tutti i beni ereditari per conoscere quale era il valore totale de' beni compresi nelle varie divisioni (confr. Devilleaudeau, *Osserv.*, 1841, I, 389, nota 1).

1687. — Ciò che ci sembra almeno indubitato si è la dottrina sancita co' su riferiti giudicati doversi applicare alla ipotesi in cui una sola e medesima eredità fosse stata l'oggetto di più parziali divisioni.

Queste due divisioni sarebbero allora ad evidenza, a voler nostro, indipendenti l'una dall'altra; e la lesione dovrebbe essere di

fatti determinata in ciascuno di esse, avuto riguardo a' beni soltanto di cui ciascuna delle eredità si trovasse composta (confr. il tomo IV, n. 646; arresto C. cass. 8 giugno 1859, *Salran*, Dev., II, 574).

4688. — Per potere la divisione totale o parziale andar sottoposta all'azione di rescissione per causa di lesione è forse necessario aver fatto cessare la indivisione, in modo assoluto, fra tutti i coeredi, sia relativamente a tutti i beni, in caso di una divisione totale, sia almeno relativamente alla parte dei beni che formò l'oggetto di una parziale divisione?

Si è propugnata l'affermativa; anzi trovansi sancita con parecchi giudicati (confr. decisi. C. di Montpellier 6 marzo 1834, *Moiné*, D., 1834, II, 244; arresto C. cass. 15 dic. 1832, *Reig-D.*, 1833, I, 404; decisi. C. di Montpellier 9 giugno 1853, *Larassie*, Dev., 1853, II, 406; *Dutruc*, n. 36 e 609).

Ma cotesta dottrina non ci pare ben fondata; ed opiniamo per contrario l'azione di rescissione per causa di lesione doversi ammettere avverso ogni atto il quale abbia fatto cessare la indivisione, anche semplicemente in modo relativo, rispetto ad uno o più degli eredi, comunque gli altri sieno riuniti nella indivisione.

È ben vero, relativamente all'applicazione dell'art. 843 — 803, aver noi diviso lo effetto dichiarativo attribuito con l'articolo medesimo alla divisione emergere dalle divisioni, le quali facciano cessare la indivisione in modo assoluto, fra tutti i coeredi, sia rispetto a tutti i beni della eredità, sia rispetto a taluni beni (supra, n. 268 e seg.).

Ma precisamente; sin da questo momento, abbiamo altresì assodato la differenza da fare, sotto questo punto di veduta, fra l'art. 883, il quale determina lo effetto dichiarativo, e l'art. 888 — 808, il quale regola l'azione di rescissione per causa di lesione.

Ben si comprende l'art. 883 avere attribuito lo effetto dichiarativo a' soli atti, i quali facciano cessare la indivisione fra tutti i coeredi assolutamente; avvegnachè trattasi di fatti di una conseguenza assoluta, la quale interessa non solo i coeredi, ma ancora i terzi con cui ciascun di essi può avere avuto relazioni.

Ben diverso è l'art. 888, il quale riguarda le relazioni rispettive de' coeredi gli uni con gli altri.

Or, sotto questo punto di veduta, che mai

di fatti rileva, per l'ammissibilità dell'azione di rescissione per causa di lesione, l'atto, per cui uno de' coeredi è uscito dalla indivisione, abbiame fatto uscire o pur no erandio tutti gli altri?

Tale atto, relativamente a quello fra coeredi che esso fece uscire dalla indivisione, reputasi al certo, circa i suoi coeredi, una divisione; dappoichè ebbe per oggetto, riguardando ad essi, lo attribuirgli la parte sua. Dunque, se non ebbe almeno i tre quarti della porzione che doveva conseguire, reputasi leso; e se trovisi leso, debbe avere l'azione di rescissione!

Leonde da' testi in dissonanza tanto precisamente discende:

Primieramente dall'art. 888, il quale dichiara l'azione di rescissione ammettersi avverso ogni atto, il quale abbia per oggetto di far cessare la indivisione fra coeredi e non già fra i coeredi;

In secondo luogo, e più esplicitamente ancora, dall'art. 889 — 809, il quale, negando l'azione di rescissione avverso una vendita di diritti ereditari fatta senza frodo ad uno de' coeredi, a suo rischio e pericolo, dagli altri suoi coeredi o da uno di essi, dimostra l'azione di rescissione venire per contrario ammessa, al di là delle condizioni contemplate con l'articolo medesimo, avverso una vendita di diritti ereditari fatta da uno de' coeredi ad uno de' suoi coeredi, val dire ad evidenza avverso un atto, il quale non avesse fatto cessare la indivisione fra tutti i coeredi (confr. decisi. C. di Tolosa 6 dic. 1834, *Bayonne*, Dev., 1835, II, 285; arresto C. cass. 2 marzo 1837, *Billonneau*, Dev., 1837, I, 982; decisi. C. di Limoges 3 dic. 1840, *Duclosier*; e decisi. C. di Tolosa 23, genn. 1811, *Daroles*, Dev., 1841, II, 545-549; arresto C. cass. 20 marzo 1844, *Cusin*, Dev., 1844, I, 307; decisi. C. di Limoges 4 lug. 1844, *Chassagnard*, Dev., 1845, II, 221; arresto C. cass. 28 giugno 1859, *Julian*, Dev., 1859, I, 753; *Demante*, t. III, n. 232 bis, I; *Ducaurroy*, *Bonnier* e *Roustaing*, t. II, n. 808; *Duvergier* sopra *Toullier*, t. II, n. 576, nota b; *Zachariae*, *Aubry* e *Rau*, t. V, p. 288; *Devilleneuve*, *Osservazioni*, 1844, I, 545 e 1839, I, 753).

4689. — Altronde l'art. 888 ammette l'azione di rescissione per causa di lesione avverso tutti gli atti, i quali abbiano avuto per oggetto di far cessare la indivisione fra coeredi.

Avverso tutti quegli atti.

Ma del pari avverso quelli soltanto.

A. — E primieramente l'azione di rescissione per causa di lesione viene ammessa avverso ogni atto, il cui obbietto è stato il far cessare la indivisione fra coeredi, come dimostrammo.

È questa la regola; e torna manifesto l'applicazione non poterne dipendere dalla forma apparente, e dalla menzogniera o inesatta denominazione, che le parti stesse o il notaio avessero data all'atto.

Dunque anche quando, per frode o errore, avessero falsamente qualificato vendita, permuta, transazione o diversamente, una vera divisione, la divisione medesima però sarebbe rescindibile per causa di lesione!

1690. — Ma è uopo ancor, a parer nostro, andare più oltre; ed è nostro divisamento l'azione di rescissione per causa di lesione essere ammissibile eziandio nel caso in cui l'atto qualificato vendita, permuta, transazione o diversamente, offrisse di fatti lo intrinseco carattere della specie di operazione, di cui le parti gli avessero, seriamente e di buona fede, attribuito la denominazione; dappoiché intendevano, seriamente e di buona fede, fare tra esse la operazione medesima.

Non pertanto venne insegnata la opposta dottrina: anzi è dessa propugnata da gravi autorità.

A norma di siffatta dottrina, l'art. 888 ammetterebbe l'azione di rescissione avverso le divisioni falsamente qualificate, o le quali, essendo di fatti vere divisioni, avessero la semplice denominazione della vendita, della permuta o della transazione, ec. Ma per contrario questo articolo non applicherebbesi alle convenzioni serie e sincere le quali avessero effettivamente lo intrinseco carattere della operazione che i coeredi avessero dichiarato voler fare (confr. decis. C. di Amiens 10 marzo 1821, Jourdan, Sirey, 1822, II, 239; Chabot, art. 888, n. 2; Marcadé, art. 888; Toullier, t. II, n. 577; Duranton, t. VII, n. 556; Toullier, t. III, pag. 393, 394).

Torna incontestabile, come affermammo (supra, n. 431), il legislatore, con l'art. 888, avere inteso eziandio dichiarare la falsa qualificazione, onde si fosse nascosta una divisione, non preservarla dall'azione di rescissione per causa di lesione; e la prova distintamente ne discende dal secondo comma del-

l'articolo medesimo, il quale contempla il caso in cui i coeredi avessero, dopo la divisione, falsamente qualificato transazione un atto, il quale era, nel loro intendimento come in realtà, un appendice all'atto di divisione, per sottrarre l'atto medesimo agli eventi di un'azione di rescissione, per causa di lesione.

Ma non è questo l'unico scopo, nè al certo, secondo noi, lo scopo principale e più rilevante dell'art. 888.

Se di fatti l'art. 888 avesse semplicemente voluto dichiarare la falsa qualificazione attribuita ad un atto non poterne mutare il genuino carattere, la importanza sua non sarebbe molto grave; ed in vero potrebbesi affermare non essere all'uopo indispensabile un apposito articolo.

Quindi il legislatore, con quello articolo, mirò a più alto scopo: ciò che volle si è ogni atto, non semplicemente la sua denominazione, ma eziandio il suo intrinseco carattere, doversi considerare come divisione, sotto il punto di veduta dell'azione di rescissione e per causa di lesione, qualora tale atto avesse per obbietto di far cessare la indivisione fra coeredi.

Cotesto principio era quello sancito dal nostro antico diritto. È ben vero essere esso andato incontro dapprima ad alcune resistenze, e non senza contrasto vi fu accolto (confr. Championnière e Rigaud, t. III, n. 2700 e seg.).

Ma finì col fermarvisi stabilmente; e posasi segnatamente ravvisare che Lebrun, dichiarando la rescissione per causa di lesione ammettersi avverso una divisione fatta con transazione, intende ad evidenza parlare di transazione seria e vera (lib. IV, cap. I, n. 56; confr. Potbier, *delle Success.*, cap. IV, art. 6; Bretonnier sopra Henrys, lib. IV, quist. 473).

Le generiche ed assolute espressioni adoperate nell'art. 888 non ci sembrano permettere di dubitare avere il Codice Napoleonico conservato quella antica dottrina; tanto più che è dessa ad un tempo sommamente giuridica e saggia: è sommamente saggio, a creder nostro, e sommamente giuridico il considerare di fatti, come divisione, relativamente alla rescissione per causa di lesione ogni atto il quale abbia per obbietto di far cessare la indivisione fra coeredi, qualunque sia la sua qualificazione, ed anche quando lo intrinseco carattere che presentasse sembras-

se approssimarlo più alla vendita, alla permuta, alla transazione o altra operazione di cui gli si fosse attribuita la denominazione, che alla divisione.

In vero ciò che predomina sempre ed essenzialmente in tale atto si è il carattere della divisione, eziandio pel motivo aver luogo fra condomini ed avere per oggetto di far cessare la indivisione. E questa la ragione per cui una operazione, la quale fra altre parti costituirebbe effettivamente una vendita, una permuta o transazione, costituirà per contrario fra coeredi una divisione, sotto il punto di veduta della rescissione per causa di lesione (confr. arresti C. cass. 42 ag. 1829, Ramonnel, D. 4829, I, 332; 46 feb. 1842, Belusières, Dev., 1842, I, 337; Ducanroy, Boinier e Rostaing, t. II, n. 806; Dvergier sopra Toullier, t. II, n. 577, nota a; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 281; Massé e Vergé, t. II, p. 384; Devilleneuve, Osservazioni, 1842, I, 337, I).

1691. — Laonde, per esempio, uno de' coeredi ha dichiarato vendere a tutti i suoi coeredi o ad un di essi la sua porzione ne' beni comuni, ovvero soltanto la sua porzione in un immobile unico, rimasto indiviso dopo la divisione di tutti gli altri beni ereditarij (vedi. il tomo III, n. 633, ed il tomo IV, numero 85).

Simile operazione sarebbe fra tutte le altre una vendita non rescindibile per causa di lesione, tranne nel caso eccezionale contemplato con l'art. 1674—1520: per contrario sarà una divisione fra coeredi, sotto il punto di veduta della rescissione per causa di lesione (confr. l'obier, Successi, cap. IV, art. 6).

Oppure uno de' coeredi ha rinunziato a' suoi diritti ne' beni comuni, per ricevere in vece da' suoi coeredi o da uno di essi, beni pertinenti privatamente a costoro: questa operazione, ancorchè offra il carattere di vera permuta, avverso cui la rescissione per causa di lesione non viene ammessa (art. 1706—1552), neppur qui sarà se non una divisione rescindibile per causa di lesione.

Fondamente supponiamo che per mera transazione sopra effettive e gravi difficoltà la indivisione cessi fra' coeredi; ebbene! questa medesima operazione si dovrà considerare non come transazione, la quale non potrebbe venire rescissa per causa di lesione (art. 2052—1924), ma come divisione avverso la quale l'azione di rescissione per causa di lesione dovrà essere ammessa (infra, n. 440).

DEMOLOGUE, Vol. VIII.

1692. — B. Ma del pari reciprocamente affermammo (supra, n. 431), l'azione di rescissione per causa di lesione venire ammessa avverso gli atti che ebbero per oggetto di far cessare la indivisione.

Lo stesso art. 888, 2.º comma — 808 ce ne somministra la prova nella seguente guisa:

« Ma dopo la divisione, o dopo l'atto fatto in luogo della medesima, l'azione di rescissione non è più ammissibile contro la transazione fatta sopra le difficoltà reali che presentava il primo atto, ancorchè non vi fosse stata sopra tale oggetto alcuna lite incoata. »

Ohi! indubitabilmente, se per frode si fosse conclusa una pretesa transazione, nell'unico scopo di sottrarre la divisione agli eventi della rescissione per causa di lesione, da cui la legge non permette esimerla, questo medesimo atto, il quale avrebbe della transazione semplice denominazione, ad evidenza sarebbe una specie di appendice all'atto di divisione; ed il legislatore non poteva tollerare però il successo di simile spediente!

Demante ha spiegato il secondo comma dell'art. 888, sostenendo che:

« Se le difficoltà non sieno reali, la pretesa transazione costituirebbe, nel diviso, il manto delle parti, un atto di conferma, di necessità insufficiente a sanare il vizio dell'atto anteriore, se esso medesimo trovisi colpito dallo stesso vizio. » (T. III, n. 233 bis, I).

Ma questa spiegazione non è forse sufficiente: così presentata, supporrebbe il vizio, emergente dalla lesione, non potersi riparare con atto di conferma; ed in vero è questa, come bentosto ravviseremo (infra, n. 481), la dottrina professata dal dotto autore.

Or cotesta dottrina non sarebbe giuridica, a creder nostro, ed appunto per tal motivo facciamo, sin da ora, le nostre riserve su tal modo di spiegare il secondo comma dell'articolo 888.

Il motivo di questo articolo, a creder nostro, non rievocasi nell'assoluta impossibilità di riparare il vizio di lesione con un atto di conferma, sì bene nella presunzione di legge, effettivamente, quasi sempre, in similante caso, unisona alla veracità del fatto, che le parti le quali, dopo l'atto di divisione, abbiano concluso una pretesa transazione, supponendo falsamente difficoltà inesistenti, hanno avuto per unico scopo di rendere obbligatoria, con

atto posteriore, una rinunzia generale all'azione di rescissione per causa di lesione convenuta tra essi, e che sapevano non poter inserirlo validamente nello stesso atto di divisione.

Indubitabilmente, sotto questo punto di veduta, e ben fondato il sostenere il secondo atto trovarsi colpito dallo stesso vizio del primo, cui annodasi, o piuttosto in cui si confonde; ma non ne conseguiva la divisione, rescindibile per causa di lesione, non essere suscettiva di conferma.

4693. — Ma, lasciando ora da banda siffatta ipotesi di simulazione, se si supponga per contrario la transazione, seguita dopo la divisione, essere seria, per esser sorta o poter sorgere fra le parti difficoltà reali, la transazione medesima andrà quindi sottoposta al dritto comune, val dire non oadrà essa di fatti sottoposta a rescissione per causa di lesione (art. 1418 e 2052 — 1072 e 1924).

E ciò torna semplicissimo.

L'azione di rescissione per causa di lesione è da ammettere ovvero l'atto il quale abbia per oggetto di far cessare la indivisione; dappoichè tale atto è l'unico di fatti, il quale possa venir considerato come divisione: or la transazione in disamina non ebbe e non potette avere per oggetto di far cessare la indivisione; dappoichè la indivisione stessa era già cessata per effetto del primo atto che ebbe luogo: dunque non potrebbesi rescindere per causa di lesione.

E forza finalmente conchiuderlo!

Si obietterà che nulla di meno cotesto transazione potrà lasciare sussistere o forse essa medesima cagionare una lesione maggiore del quarto in detrimento di uno de' coeredi?

Indubitabilmente ma forse in fatto tutte le transazioni non possono cagionare una lesione, talvolta eziandio ancor più considerevole? Si apparentemente; o ciò non pertanto non osta io diritto all'essere rescindibili per causa di lesione.

Or precisamente avviene di cotesto transazione fra coeredi, intorno alle difficoltà reali che presentava la loro divisione, lo stesso che di ogni altra transazione!

Tanto Lebrun con sommo fondamento spiegava sostenendo:

« In questo caso non essersi rimosto ne' termini di una semplice divisione, ma essersi procurato un novello titolo a' condividenti » (lib. IV, cap. 4, n. 56).

4694. — Osservismo eziandio in conformità dell'art. 888, non esser necessario che vi fosse stata sopra tale oggetto alcuna fide incoata.

Per contrario Lebrun (*loc. supra cit.*) sembrava richiedere che una delle parti si fosse già munita di lettere di rescissione.

Ed appunto per antivenire il dubbio, che sarebbesi potuto volere, troppo erroneamente altronde, muovere su tal punto, sotto l'impero del novello diritto, il legislatore dichiarò non esser necessaria alcuna fide incoata; la qual disposizione è sommamente ragionevole; ovvegnachè la transazione è un contratto, ovente per iscopo non sol di por fine alle liti, ma ancora di prevenirle (art. 2044 — 1916).

4695. — Ma ciò vuol forse dinotare la transazione fra coeredi non essere suscettiva di venir impugnata per causa di lesione sol quando venne fatta dopo la divisione?

È questa rilevantissima tesi, la quale fece sorgere, nella dottrina e nella giurisprudenza, acerbe contese, per cui è permesso affermare non andare immuni affatto da oscurità, nè da qualche confusione.

Potrebbesi primamente sostenere un'assoluta dottrina la quale sarebbe! Sommamente precisa, ed a norma di cui di fatti tutte le transazioni, qualunque potesse esserne l'oggetto, intervenuto fra coeredi, primo della divisione, dovrebbero esse medesimo assimigliarsi alla divisione e conseguentemente dichiararsi rescindibili per causa di lesione:

4. In primo luogo invocherebbesi lo stesso testo dell'art. 888, il quale, dopo aver disposto, col suo primo comma, l'azione di rescissione, ommettersi avverso ogni atto, che abbia per oggetto il far cessare la indivisione, comprendendovi espressamente lostessa transazione, eccettua, nel suo secondo comma, la transazione fatta dopo la divisione; o dopo l'atto fatto in luogo della medesima.

E, in sostegno di questo primo argomento desunto dal testo dell'art. 888, si potrebbero, con qualche opparenza di ragione, commentare i vari articoli del progetto cui venne surrogato.

Il progetto dell'onno VIII della Commissione del Governo conteneva di fatti, intorno all'articolo in esame, due articoli concepiti nel seguente modo:

Articolo 243: « L'azione di rescissione viene parimente ommissa avverso ogni atto » il quale abbia per oggetto di far cessare

« la indivisione fra coeredi, sia qualunque la qualificazione, di vendita, permuta o altra, attribuita all'atto medesimo. »

Articolo 217: « L'azione di rescissione non viene ammessa avverso la divisione fatta a titolo di transazione, purchè esistessero, nel momento dell'atto, difficoltà di natura tale da dar luogo a grave controversia. »

« Ma se la transazione contenuta nell'atto di divisione si sia aggirata intorno ad una difficoltà o questione particolare, la divisione ne è irrevocabile solo su tal punto; e può venire impugnata, per le rimanenti operazioni, ove siane emessa una lesione maggiore del quarto. » (Fenet, t. II, p. 458, 459).

Or la distinzione che l'art. 213 del progetto faceva dapprima tra la vendita, la permuta ed altro atto, da un lato, e la transazione d'altro lato; e la subdistinzione che faceva poscia l'art. 217, fra le varie specie di transazioni, che potevano farsi nello stesso atto di divisione, tali distinzioni e sub-distinzioni non furono riprodotte con l'art. 888, il quale assomiglia per contrario, nella subbietta materia, la transazione alla vendita ed alla permuta, ed il quale ammette la transazione poter costituire un atto distinto dalla divisione solo quando avrà avuto luogo dopo la divisione.

2. Potrebbe soggiugnere cotesta dottrina essere di fatti più precisa e sicura; che anzi atto il quale abbia luogo fra coeredi, durante la indivisione, ha altronde sempre, più o meno direttamente, per oggetto la divisione; che ha per oggetto, se non di darvi luogo immediatamente, almeno prepararla, agevolarla: che quindi sarebbe logico lo ammettere ogni atto di tal genere partecipare della natura della divisione; e da ultimo che sarebbe una distinzione ricolma d'incertezze e di arbitrio, la quale potrebbe agevolare molte frodi, esonerando dalla rescissione per causa di lesione vere divisioni, quella consistente nel distinguere, sino a quando non facciasi la divisione, la transazione, la quale non abbia per oggetto la divisione, della transazione per contrario la quale l'abbia per obbietto (Confr. Zachariae, § 626, nota 2; Belost-Jolimont sopra Chabot, art. 888, *osserv.* 1; Foucher, *Rivista straniera e francese*, t. III, p. 608 e seg.).

4696. — Ma cotesta dottrina sarebbe, a parer nostro, eccessiva; e non ci parrebbe unisona, nella sua esagerazione, a' testi nè ai principii.

Non perdiamo di mira questo capital punto della subbietta materia, cioè che, se l'azione di rescissione per causa di lesione viene ammessa avverso ogni atto, il quale abbia per obbietto di far cessare la indivisione, viene reciprocamente ammessa soltanto contro gli atti aventi l'obietto medesimo (*supra*, num. 431).

Dunque, per conoscere se l'azione di rescissione per causa di lesione sia ammissibile avverso una transazione seguita fra coeredi, è forza investigare se di fatti la transazione medesima abbia avuto o pur no per obbietto di far cessare la indivisione.

Diciamo essere eccessiva ed esagerata la dottrina, onde si pretende ogni transazione, per l'unico motivo di non avere avuto luogo dopo la divisione, avere per oggetto la stessa divisione: e crediamo poterlo dimostrare.

Per maggior chiarezza distingueremo due ipotesi:

I. Quella in cui la transazione sia anteriore alla divisione e si fece in un atto distinto dall'atto di divisione;

II. Quella in cui la transazione sia contemporanea alla divisione, e si fece nello stesso atto della divisione.

4697. — I. Nella prima ipotesi è mestieri del seguente dilemma:

O i coeredi han transatto sopra difficoltà sorte tra essi, relativamente alle stesse operazioni della divisione, come, per esempio, al modo onde le quote si trovassero composte, o al modo di ripartizione per estrazione a sorte o attribuzione; ed allora, anche ammettendo essere reali e gravi le difficoltà, crediamo del pari la transazione che le regolò potersi rescindere per causa di lesione; dappoichè, comunque preventiva alla stessa divisione, torna manifesto annodarsi nella più diretta guisa, val dire avere essa medesima in ultima analisi per obbietto di far cessare la indivisione;

O i coeredi han transatto sopra difficoltà sorte relativamente a' loro diritti ed alle loro obbligazioni, intorno alla esistenza, per esempio, o intorno alla quantità de' diritti ereditarii di uno o di alcuni fra essi, intorno a questioni di collazione, anteparte, riduzione; e per contrario allora è nostro sentimento che, se però le difficoltà medesime fossero gravi, la transazione che le regolò non potrà impugnarsi per causa di lesione; avvegnachè la transazione medesima, preventiva alla divisione, neppur si riferisce alla stessa esecuzione.

ne della divisione; e conseguentemente non ha per oggetto di far cessare la indivisione: il suo oggetto è ben diverso e sommamente definito, cioè stabilire dapprima le basi, a norma di cui i diritti e le obbligazioni di ciascuno, nella massa indivisa, debbonsi delimitare, per procedere dappoi all'atto avente per oggetto di far cessare la indivisione.

L'art. 217 del progetto dell'anno VIII dichiarava l'azion di rescissione per causa di lesione non essere ammissibile avverso la stessa divisione fatta a titolo di transazione; ed appunto cotesta disposizione i compilatori del nostro Codice intesero eliminare con l'art. 888; ma con massima incertezza, a creder nostro, pretenderebbersi dal secondo comma dello stesso articolo emergere ammettere esso la rescissione per causa di lesione avverso ogni transazione, qualunque possa esserne l'oggetto, quante volte non abbia avuto luogo dopo la divisione: il secondo comma dell'art. 888 si riferisce ad evidenza al primo comma dello articolo medesimo, cui sussegue: or il primo comma tratta della transazione, la quale ebbe per oggetto di far cessare la indivisione; e questa ravvisiamo potersi rescindere per causa di lesione: dunque dal secondo comma dell'art. 888 non risulta menomamente l'azion di rescissione essere ammissibile avverso una transazione preventiva alla divisione, quando non ebbe per oggetto di far cessare la indivisione.

Da ultimo obbietterassi cotesta distinzione fra le transazioni aventi per oggetto di far cessare la indivisione, e le transazioni non aventi l'obiettivo medesimo; tornare malagevole ed incerta, e poter favorire la frode?

Risponderemo la distinzione essere di per sé sommamente vera e ben fondata, e, se le caratteristiche gradazioni, le quali separano l'una dall'altra, possono talvolta approssimarsi, spetta alla sperienza ed alla sagacia dei magistrati il distinguerle in ciascuna specie.

Forse, se i coeredi avessero patito intorno ad una difficoltà sorta fra essi, prima della divisione, relativamente alla esistenza o alla quantità de' loro diritti, ad una quistion di collazione, di anteparte, di riduzione, il giudicato, onde venne decisa tal contesa, non avrebbe l'autorità della cosa giudicata? Si certamente, o tutti convengono essere uopo non confonderlo co' giudicati, i quali pongono termine alla indivisione (supra, n. 425).

Or, in conformità dell'art. 2052 — 1924, le transazioni hanno fra le parti l'autorità

della cosa giudicata inappellabilmente; e precisamente la conseguenza che lo stesso articolo ne desume si è non potersi impugnare per causa di lesione!

Dunque torna manifesto la stessa distinzione, che si applica a giudicati, doversi applicare alle transazioni.

Diversamente converrebbe affermare i coeredi non poter transigere, anche quando le difficoltà sorte tra essi fossero più che reali, o tutti fossero di accordo per rimuoverle amichevolmente mercè equa transazione! Di fatti tal sarebbe la conseguenza della dottrina da noi oppugnata; val dire che essa ostenderebbe alle transazioni nelle stesse circostanze e precisamente fra le persone in cui sono più desiderabili ed in cui debbono più incoraggiarsi, e che promoverebbe in certa guisa la discordia nelle famiglie!

Cotesta ultima considerazione compie la nostra dimostrazione (confr. arresti C. cass. 14 marzo 1832, Béranger, Dev. 4833, I, 209; 3 die. 1833, de Durat, Dev., 4834, I, 31; Chabot, art. 888, n. 4; Toullier, t. II, n. 580; Duranton, t. VII, n. 580; Poujol, art. 888, n. 4; Malpel, n. 314; Fonet de Confians, art. 888, n. 2-4; Champougnière e Rigaud, t. III, n. 2720; Zachariæ, Aubry e Rau, t. V, p. 283; Massé e Vergé, t. II, p. 384-383; Demante, t. III, n. 233 bis, II; Dutruc, n. 614; Devilleneuve, Osservazioni, 1842, I, 337, I.)

1698. — II. — La seconda ipotesi da noi cennata (supra, n. 438), è quella in cui la transazione sia contemporanea alla divisione, e si trovi nello stesso atto della divisione.

Debbe qui farsi una rilevante suddivisione:

O questa transazione forma una convenzione speciale e distinta della divisione;

O la transazione e la divisione formano congiuntamente una sola ed unica convenzione.

A. — Nel primo caso, se la transazione avesse avuto per oggetto di rimuovere difficoltà relativo alle stesse operazioni della divisione, essa andrebbe al certo sottoposta a rescissione per causa di lesione al pari di ogni transazione la quale abbia l'obiettivo medesimo (supra, n. 439).

Ma se per contrario avesse avuto per oggetto di rimuovere difficoltà reali sorte fra coeredi, relativamente alla esistenza o alla ampiezza de' loro rispettivi diritti, a quistioni di genealogia, parentela, collazione, anteparte,

te e, converrebbe al certo eziandio, a parer nostro, statuire non andaro soggetto a rescissione per causa di lesione più di ogni altra transazione la quale avesse avuto l'obbietto medesimo provontivamente alla divisione o per atto separato.

In vero, qualora la convenzione costituenti la transazione sia di per sè preventiva alla convenzione di divisione e distinta dalla convenzione medesima, che mai monta l'essersi fatta con atto separato o nello stesso atto, quando altronde, qualora siasi fatta nello stesso atto, vi costituisca di fatti una convenzione speciale, distinta ed indipendente dalla divisione!

Costituisce la convenzione non l'atto materiale, il titolo strumentale ma l'atto giuridico, la stessa operazione forma il contratto e regolarmente in tal senso l'art. 888—808 adopera il vocabolo *atto*, quando dichiara l'azione di rescissione ammettersi contra qualunque atto il quale abbia per obbietto di far cessare la indivisione.

Altronde la ragione ed il buon senso osteggerebbero una dottrina la quale dichiarasse valida la transazione medesima, se si rinvenisse in un titolo distinto, e nulla, se si rinvenisse nello stesso titolo di divisione, quando altronde, in ambedue i casi, venisse riconosciuta come distinta ed indipendente dalla divisione (confr. arresto C. cass. 7 feb. 1809, Reynaud, Sirey, 1809, I, 210; decis. C. di Nîmes 30 giugno 1819, Tendil, Sirey, 1820, II, 268; di Amiens 40 marzo 1821, Jourdan, Sirey, 1822, II, 339; di Nîmes 23 giugno 1829, Gardel, Dev., 1830, II, 44; di Caen 31 mag. 1859, Renault, nuova Rac. delle decis. della C. di Caen, 1859 p. 304 e seg.).

B. — Nel secondo caso, val dire quando la transazione e la divisione formino, nello stesso titolo, una sola ed unica convenzione, la difficoltà sembra molto più grave.

Fra coeredi sursoro gravi difficoltà, rispetto alla esistenza o alla quantità de' loro diritti, o a quistioni di ante parte, di riduzione, ec.

Ld eglino dettero termine a coteste difficoltà con una convenzione unica, racchiudente congiuntamente la transazione e la divisione.

A cagion di esempio, si convenne che i diritti di ciascuno verrebbero determinati alcatioramento, senza fissare le loro rispettive quantità, ad una certa somma; oppure che uno conseguisse, pe' suoi diritti e pretensio-

ni, un determinato oggetto ereditario, un terzo altro oggetto, ec.

L'azion di rescissione, per causa di lesione, sarà forse ammissibile avverso tal convenzione?

Al certo è permesso esitare; dappoichè allora vassi incontro a doppio scoglio; o puossi temere:

Sia di esonerare dell'azion di rescissione la divisione che debbe andarsi sottoposta;

Sia di sottoporvi la transazione che debbe per contrario andarne immune.

Laonde le opinioni sono su tal punto sommaramente divergenti.

Alcune, facendo predominare, in tal convenzione, il carattere della transazione sul carattere della divisione, stabiliscono non esservi luogo alla rescissione per causa di lesione (confr. arresto C. cass. 22 ag. 1831, Siviogon, Dev. 1831, I, 327; Mareadè, art. 888, n. 44; Demante, t. III, n. 233 bis, II; Massé o Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 384; Dutruc, n. 611);

Mentre per contrario le altre, facendo predominare il carattere della divisione sul carattere della transazione, statuiscono l'azione di rescissione, per causa di lesione, doversi ammettere.

E precisamente, a ereder nostro, questa ultima dottrina è la più ben fondata.

Allora effettivamente ci troviamo negli stessi termini dell'art. 888, il quale ammette l'azione di rescissione avverso ogni atto avuto per obbietto di far cessare la indivisione, comunque qualificato transazione; dappoichè abbiamo osservato la espressione *qualificato transazione* non implicare menomamente la idea l'art. 888 essere applicabile alle sole transazioni simulate (supra n. 431): per l'opposto torna indubitato, a ereder nostro, essere uopo applicare l'articolo medesimo eziandio alle transazioni serie, mercè di cui ebbe luogo la stessa divisione, e le quali ebbero quindi per obbietto di far cessare la indivisione: or precisamente questa è la ipotesi in disamina!

Esclamasi: allora dunque converrà necessariamente fare due distinte convenzioni, se vogliasi preservare la stessa transazione dall'azion di rescissione per causa di lesione!

Eh! indubitamento sè; dappoichè l'art. 888 fa predominare il carattere della divisione nella convenzione in cui la divisione e la transazione vanno congiunte in modo siffatto-

mente intimo ed inseparabile che l'una non possa venire dichiarata valida, mentre l'altra venga dichiarata nulla.

Ed in vero cotesta soluzione è la più sicura e più unisona alla essenziale volontà del legislatore, il quale non ammette in verun caso che un atto qualsivoglia possa andare immune dall'azione di rescissione per causa di lesione, quanto volte abbia avuto per obbietto di far cessare la indivisione (confr. decis. C. di Nîmes 49 fiorile anno XIII, Pradel, Sirey, 1804, II, 624; arresti C. cass. 12 ag. 1820, Ramonet, Sirey, 1820, I, 427; 16 feb. 1842, de Belussières, Dev., 1842, I, 337; Aubry e Rau, sopra Zacchariae, t. V, p. 282-283).

4699. — Altronde non basterebbe, per divenire ammissibile l'azione di rescissione, avere avuto l'atto per effetto di far cessare la indivisione; ma è mestieri, in conformità dell'art. 888, avere avuto per obbietto il farlo cessare.

Laonde ad evidenza l'azione di rescissione per causa di lesione non sarebbe ammissibile avverso la donazione di diritti ereditarii fatta da uno de' coeredi a' suoi coeredi o ad uno di essi. Dunque cotesta soluzione perfettamente rientra nella teoria da noi testè esposta (confr. supra, n. 283; arresto C. cass. 5 dic. 1842, de Mainzac, Dev., 1843, I, 23; Mourlon, Ripet. scrit., t. II, p. 241; Demante, t. III, n. 232 bis, II).

4700. — Ma per contrario siffatta teoria non rinviensi forse contraddetta dalla disposizione dell'art. 889—809?

L'articolo medesimo è del seguente tenore: « La detta azione non è ammessa contro » una vendita di diritto ereditario fatta senza » frode, ad uno de' coeredi, a di lui riscio » e pericolo, dagli altri coeredi o da uno di essi. »

Laonde è questo un atto il quale ebbe per obbietto di far cessare la indivisione ed il quale nondimeno non va sottoposto all'azione di rescissione per causa di lesione.

È ben vero! Quindi non senza difficoltà venne ammessa cotesta eccezione.

— Pothier, nel suo Trattato della Vendita (n. 341), insegnava tale atto far le veci di divisione fra coeredi, e conseguentemente andar sottoposto all'azione di rescissione per causa di lesione; e se la sua dottrina rinvien si modificata nel suo Trattato delle Successioni (cap. IV, art. 6), non vi si trova ancora non pertanto molto stabilmente fermata in

opposto senso; dappoichè si limita a dichiarare cotesta eccezione non andare menomamente sottoposta a rescissione per causa di lesione (confr. Roussille, Instit. nel Diritto di legitt., part. IV, cap. XIII, n. 454).

Lebrun insegnava parimente, in proposito delle cessioni di diritti ereditarii, esservi sempre un principio di equità il quale costringe i coeredi a vendere tra essi qualche eguaglianza (lib. IV, cap. I, n. 60).

Nondimeno egli ammetteva la cessione, quando avesse effettivamente il carattere di convenzione aleatoria, dovea andare immune dall'azione di rescissione per causa di lesione; ma nel tempo stesso richiedeva all'uopo talune condizioni, come garanzia di cotesto aleatorio carattere.

E questa la dottrina sancita dal nostro Codice.

La vero allora forma l'obbietto del contratto non la stessa eredità, sostanza *hereditatis*, secondo la espressione di Ulpiano, si bene gli eventi da correre, per effetto della incertezza in cui trovansi i coeredi circa il vero stato dell'attivo e del passivo di questa eredità, *periculum*! (L. 4. ff. *Ad senatus. Trebell.*)

4701. — Ma precisamente, per aver luogo tale eccezione, è mestieri che la seguita convenzione sia effettivamente aleatoria.

Ed all'uopo l'art. 889 richiede tre condizioni, cioè:

I. — Trattarsi di vendita di diritti ereditarii;

II. — Essersi fatta la vendita dal coerede cedente a rischio e pericolo del coerede cessionario;

III. — Essersi fatta senza frode.

Queste tre condizioni sono indubitabilmente l'una con l'altra troppo intimamente connesse; e potrebbesi quasi affermare costituirne effettivamente una sola.

Nondimeno sarà utile esaminare ciascuna di esse successivamente.

4702. — I. È primamente l'art. 889 si applica alla sola vendita di diritti ereditarii, val dire esser mestieri aver la vendita per obbietto la integrità o una quota parte della integrità della porzione ereditaria del cedente, dal *nomen haereditarium*, del *quid quid juris*, attivo e passivo compreso congiuntamente!

E ciò precisamente differenzia la vendita di cui trattasi nell'art. 888, avverso di cui l'azione di rescissione per causa di lesione viene ammessa, dalla vendita di cui trattasi

nell' art. 889, la quale va per contrario immune dall' azione di rescissione per causa di lesione.

— In vero la prima comprende la parte del cedente, totalmente o parzialmente, ne beni comuni, senza assumere il cessionario a suo carico l' incertum aeris alieni, come insegnava Pothier (*delle Successi*; cap. V, art. 6); ed eziandio tal cessione regolarmente non comprenderebbe i crediti attivi; o almeno sarebbe questa una quistion d' interpretazione da risolvere in fatto;

Mentre la seconda comprende sempre al certo lo stesso diritto ereditario interamente, tal quale è, con le sue incertezze ed eveni (art. 1097, 1098—1443 e 1444).

1703.— Dunque non è necessario, per conciliare i due testi degli art. 888 ed 889, supporre l' art. 889 richiedere che il diritto ereditario ceduto sia litigioso ovvero incerto.

In vero l' articolo medesimo nulla richiede di similgiante; ed è sufficiente, secondo gli stessi suoi termini, applicarsi la cessione al diritto ereditario del cedente, anche quando cotesto diritto fosse incontrastabile e non oppugnato.

1704.— E similmente la riserva fatta dal cedente di alcuni oggetti ereditarii determinati non isporgierebbe, a creder nostro, la cessione del suo aleatorio carattere, se la cessione medesima comprendesse altronde effettivamente i diritti ereditarii del cedente sul rimanente della eredità.

Non pertanto la opposta dottrina venne sancita con una decisione; e sembra aver pure rinvenuto propugnatori fra gli scrittori (confr. decis. C. di Digiere 9 marzo 1830, Sirignion, Dev. 1831, I, 327; Chabot, art. 889, n. 2; Toullier, t. II, n. 579; Zachariac, Massé e Vergé, t. II, p. 387).

Ma, a dir vero, forse la cessione, ad onta di questa riserva, non può ancora comprendere i diritti ereditarii del cedente con le eventualità che comportano? o, per esempio, quando, dopo aver diviso i mobili ereditarii totalmente o parzialmente, senza alcuna liquidazione altronde dell' attivo nè del passivo, uno de' coeredi ceda agli altri suoi coeredi o ad un di essi i suoi diritti ereditarii, forse la cessione medesima non rientra ne' termini dell' art. 889, nel caso però, come è forza sempre supporre, in cui al fece senza frode?

Rispetto a noi, affermiamo precisamente così, e poter la cessione comprendere, sia la integrità, sia una quota-parte della integrità

de' diritti ereditarii del cedente, non ostante la riserva di alcuni beni determinati (confr. arresto C. cass. 45 die. 1832; decia. C. di Bordò 26 feb. 1851, Drouinaud, Dev. 1851, II, 424; Pothier, *delle Successi*, cap. IV, art. 6; Vazeille, art. 889, n. 3; Dutruc, n. 614; Aubry e Rau sopra Zachariac, t. V, p. 281).

1705.— Il. Inoltre l' art. 889 richiede che la cessione si sia fatta a rischio e pericolo del cessionario; val dire che è necessario, da un lato, che il cessionario sia sottoposto a tutti i debiti e pesi, noti o ignoti, della eredità; e d' altro lato che il cedente vada immune da ogni regresso in garanzia per causa delle evizioni qualsivogliano degli oggetti che sembrassero dipendere dalla eredità (art. 1096—1444).

Altronde è agevole ravvisare questa seconda condizione confondersi con la prima, o piuttosto esserne la conseguenza; dappoichè sostenere la cessione dover comprendere i diritti ereditarii del cedente come unità giuridica, come universalità ereditaria, è ad evidenza sostenere qui, nello intendimento del legislatore, doversi fare a rischio e pericolo del cessionario.

1706.— Laonde opiniamo non esser necessario che l' atto racchiudente la cessione faccia espressamente menzione aver luogo a rischio e pericolo del coerede cessionario.

Nulladimeno dobbiamo ancora affermare la opposta dottrina essersi applicata ed insegnata (confr. decis. C. di Tolosa 3 marzo 1830, Savy Dev., 1830, II, 322; di Bordò 26 feb. 1851, Drouinaud, D., 1852, II, 42; Malpel, n. 344; Chabot, art. 889; Troplong, *della Vendita*, t. II, n. 790).

Ma non avvisiamo doversi seguitare cotesta dottrina.

Primamente torna manifesto, ed in vero niente lo smentisce, la espressione *rischio a pericolo* non potersi considerare di rigore o potersi surrogare con altra formola equivalente; come, per esempio, se si dichiarasse nell' atto farsi la cessione *aleatoriamente*, o riguardare tutti i diritti del cedente, in qualunque cosa possano consistere, co.

Ma anzi è uopo andare più oltre, a parer nostro; ed opiniamo non richiedersi alcuna clausola espressa; esser sufficiente il carattere aleatorio della cessione emergere dal carattere della stessa operazione, e competerne conseguentemente al magistrato il valutarlo, secondo il complesso dell' atto e di tutte le circostanze.

In vero l'art. 889 richiede semplicemente la cessione essersi fatta a rischio e pericolo del cessionario; non richiede lo stesso atto fare espressamente menzione di tal condizione (confr. decis. C. di Lione 3 dic. 1828, Truche, D., 1829, II, 37; arresti C. cass. 3 giu. 1840, Legendre, Dev., 1840, I, 895; 7 dic. 1847, Bailly, 1848, I, 432; decis. C. di Nîmes 2 genn. 1855, Marignan, D., 1855, II, 170; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 282; Massé e Vergé, t. II, p. 387; Duvergier, sopra Toullier, t. II, n. 579, nota a; Dutruc, n. 616; Demante, t. III, n. 284 bis, II).

4707. — III. Finalmente la terza condizione richiesta dall'art. 889 per andare la cessione di diritti ereditarij immune dall'azione di rescissione per causa di lesione si è essersi fatta senza frode.

Nella subbietta materia la frode debbe intendersi in doppia guisa:

1.° In primo senso generico, come esprimente una frode alla persona;

2.° In secondo senso relativo, come esprimente frode alla legge.

Indubitatamente la frode alla persona è sempre parimente una frode alla legge:

Del pari che scambievolmente la frode alla legge è pur sempre una frode alla persona; dappoiché precisamente, in tal congiuntura, la persona forma l'oggetto della speciale protezione della legge.

Non pertanto cotesta distinzione è di per sé ben fondata, e ben presto ravviseremo corrispondere di fatti eziandio ad una esatta valutazione de' fatti pratici.

4708. — Vi sarà frode alla persona, quando una delle parti, il cedente o il cessionario, conoscesse, nel momento della cessione, lo stato della eredità, la consistenza dell'attivo e del passivo; mentre l'altra lo ignorasse.

Come nella specie supposta da Lebrun, in cui « un erede assente contratta per mezzo di procuratore con coloro i quali avevano avuto comune dimora col defunto, ed i quali potevano pienamente conoscere gli affari della eredità, e vende loro i suoi diritti senza avere avuto comunicazione dell'inventario fatto distendersi da parenti. » (Lib. IV, cap. 4, n. 58).

Similmente Pothier insegna in questo senso « siffatto modo di decidere aver luogo solo quando i due contraenti non conoscessero l'uno più dell'altro gli affari della eredità. » (Delle Success., cap. IV, art. 6).

Compete al magistrato però il valutare in

fatto tal condizione, secondo lo stato presunto della eredità, la rispettiva posizione delle parti. ecc., e segnatamente esaminare se sieno adoperati rigiri dall'una per indurre l'altro a concludere la cessione.

Ed allora, in questa prima ipotesi di una frode alla persona, per causa di frode e di dolo effettivamente, e non per causa di lesione la cessione potrebbe, secondo i casi, venir dichiarata soggetta a rescissione; val dire potere non esservi luogo di fatti a richiedere la prova di alcuna lesione, essendo il dolo riconosciuto e ben qualificato (supra, n. 410; confr. decis. C. di Lione 3 dic. 1828, Truche, D. 1829, II, 37; di Tolosa 23 giugno 1841, Daroles, D., 1844, II, 247; di Limoges 3 dic. 1840, Ducostrier, D., 1842, II, 99; arresto C. cass. 20 marzo 1844, Casin, Dev., 1844, I, 307; decis. C. di Limoges 13 dic. 1847, Debord, Dev., 1848, II, 466; di Agen 10 genn. 1851, Scmirol, Dev., 1851, II, 780; Chabot, art. 889, n. 2; Toullier, t. II, n. 579; Duranton, t. VII, n. 572).

4709. — Vi sarebbe frode alla legge, se si supponga le due parti conoscere nel momento della cessione, in egual modo la consistenza dell'attivo e del passivo della eredità.

Affermiamo esservi frode alla legge, richiedendo essa imperativamente ogni atto equivocone a divisione andar sottoposto all'azione di rescissione per causa di lesione, senza esser lecito esimernelo mercè qualsivoglia simulazione.

Il vocabolo *frode*, sotto questo punto di veduta, trovasi adoperato nell'art. 889 — 809 nello stesso significato onde rinviensi già usitato nell'art. 854 — 773 (confr. il tom. IV, n. 367; decis. C. di Lione 2 apr. 1819, Verguis, Sirey, 1820, II, 269; di Tolosa 6 dic. 1834, Bayonne, Dev., 1835, II, 285; di Lione 29 gen. 1836, Mathevet, Dev., 1836, II, 238; arresto C. cass. 29 giugno 1847, Gastet, Dev., 1848, I, 360; Belost Jolimont sopra Chabot, art. 889, osserv. 4; Duranton, t. VII, n. 573, 574; Taulier, t. III, p. 397; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 579, nota 4; Zachariae, Aubry e Rau, t. VII, p. 282; Massé e Vergé, t. II, p. 387).

4710. — Ed in tal caso poco rileverebbe contenersi nell'atto la cautela essersi fatta la cessione a rischio e pericolo del cessionario! È uopo attenersi, per valutare il carattere di un atto, non alle parole, ma alla cosa stessa ed alla realtà del fatto.

E come la cessione di diritti ereditarij, fa

quale avesse effettivamente un carattere aleatorio, andr  immune dall'azione di rescissione per causa di lesione, anche quando l'atto non esprimesse farsi a rischio e pericolo del cessionario (supra, n. 448), cos  la cessione, la quale non avesse un carattere aleatorio, vi andr  per contrario sottoposta, anche quando l'atto esprimesse essersi fatta a rischio e pericolo del cessionario.

1744. — Quando le tre condizioni da noi esposte (supra, numero 443 e seg.) rinvengonsi riunite, addiviene applicabile l'articolo 889; val dire l'azione di rescissione per causa di lesione non   ammissibile avverso la cessione.

Ma da ci  non conseguita la cessione medesima non doversi considerare come divisione sotto il punto di vista dello effetto dichiarativo e relativamente all'applicazione dell'art. 883 — 803, pel caso in cui, essendosi fatta la cessione da tutti i coeredi ad un solo fra essi, avesse fatto cessare la indivisione assolutamente riguardo a tutti (supra, numero 280).

Novella prova la disposizione dell'art. 883 non doversi confondere con la disposizione degli art. 888 ed 889 — 808 ed 809 !

Imperocch , dopo avere assodato l'azione di rescissione per causa di lesione essere ammissibile, in conformit  dell'art. 888, avverso atti i quali, a norma dell'art. 883, non producono lo effetto dichiarativo della divisione (supra, n. 430);

Riferriamo qui o pi tosto rammentiamo lo effetto dichiarativo della divisione emergere, in conformit  dell'art. 883, da alcuni atti i quali, a norma dell'art. 889, non vanno sottoposti all'azione di rescissione per causa di lesione.

1742. — L'art. 889, ne' suoi termini, suppone farsi la cessione ad uno de' coeredi da tutti i suoi coeredi o da uno di essi.

Ma   uopo non esitare, relativamente alla esenzione dall'azione di rescissione per causa di lesione, ad applicarlo alla cessione fatta da uno o pi  de' coeredi ad alcuni soltanto degli altri coeredi.

Lo essenziale motivo della legge   lo stesso in tutti i casi simiglianti; e la forma della compilazione dell'art. 889   al certo, sotto questo rapporto, meramente enunciativa (confr. Demante, t. III, n. 234 bis. 1).

1743. —   mestieri eziandiu applicare l'art. 889 a tutti gli atti ad evidenza compresi nella ipotesi, contemplata da quello articolo,

DEMOLOMBE, Vol. VIII.

di una cessione aleatoria di diritti ereditari fra coeredi.

E quindi, per esempio, sarebbe applicabile all'atto onde uno de' coeredi avesse dichiarato rinunziare a' suoi diritti ereditari a pro dei suoi coeredi o di uno di essi, mediante una somma aleatoriamente determinata (confr. art. 780-2. — 697; il t. II, n. 436 e seg.; decis. C. di Nimes 2 gen. 1855, Marignan, D., 1855, II, 470; Duranton, t. VII, n. 567; Dufranc, n. 617; Championnière e Rigand, t. III, n. 2748).

1744. — Finalmente ben si comprende tutta la teorica da noi esposta, circa le vendite o gli atti i quali, in conformit  dell'art. 888, van soggetti a rescissione per causa di lesione, e circa la cessione di diritti ereditari, i quali vanno essi medesimi esenti dalla rescissione sotto le condizioni determinate a norma dell'art. 889, diciamo tutta questa teorica riguardare le vendite, le cessioni o altre operazioni qualsivogliano che ebbero luogo fra coeredi prima della divisione!

Imperocch , per contrario, una volta seguita la divisione, gli atti, le vendite, cessioni ed altre convenzioni, fatti tra gli antichi condomini, non potrebbero pi  considerarsi avere per obbietto il far cessare la indivisione, non pi  sussistendo la indivisione medesima.

Dunque sarebbe, come diceva Lebrun, non rendita ordinaria regolata, sotto tutti i rapporti, dal diritto comune (arg. dall'art. 858,   comma; confr. pure arresto C. cass. 2 feb. 1839, de Cluny, Dev., 1839, I, 471).

1745. — L'azione di rescissione per causa di lesione mira per  al pari dell'azione di rescissione per causa di furto o violenza, alla rescissione, val dire allo annullamento della divisione.

Ed in vero unicamente ci  puossi conchiudere dall'attore.

Laonde debbe egli chiamare in causa tutti i suoi coeredi, eziandio quelli che neppure avessero conseguita la integrit  della loro porzione ereditaria, e non quelli soltanto che conseguirono una quota maggiore di quella che dovevano conseguire (confr. decis. C. di Nimes 5 lug. 1848, Giran, D., 1848, II, 447; Duranton, t. VII, n. 584; Poujol, p. 407).

1746. — Non pertanto, a norma dell'art. 894 — 811:

« Quegli che   convenuto coll'azione di rescissione pu  troncare il corso alla medesima ed impedire una nuova divisione, offrendo e rilasciando all'attore il supplimen-

« to della sua porzione ereditaria, o in natura o in natura. »

Siffatta importante disposizione poggia su due motivi:

Da un lato la vera causa della rescissione, in questo caso, non proviene precisamente dal vizio del consenso: o almeno, se s'invoca il vizio del consenso (e di fatti è ben fondato affermare la lesione andar sempre, in grado più o meno rilevante, accompagnata, da errore e talvolta eziandio da frode!), cotesto vizio non pertanto non è di per sé caratterizzato; ed in ultima analisi non produce, come causa di rescissione, se non la ineguaglianza emergente dalla divisione: or è sembrato la ineguaglianza medesima potersi riparare mercè supplemento;

D'altro lato il legislatore considerò segnatamente la validità delle divisioni reputarsi eminentemente degna di favore!

4717. — Laonde opiniamo il supplemento potersi offrire dall'attore non solo durante il giudizio e ad oggetto di arrestare il corso della domanda, ma ancor dopo la decisione onde venne pronunziata la rescissione della divisione.

Torna indubitato primieramente la offerta di cotesto supplemento potersi sempre fare sino a quando la stessa decisione non acquisterà forza di cosa giudicata: di fatti allora non puossi pretendere che il diritto di far procedere ad una novella divisione trovisi irrevocabilmente acquistato dall'attore, e cho se l'art. 891 dichiara il convenuto poter impedire una nuova divisione questa espressione è la conseguenza dallo stesso legislatore desunta da quelle che la precedono, cioè il convenuto poter troncare il corso all'azione; per guisa da conseguirla il convenuto poter impedire una novella divisione sol quando possa arrestare il corso della domanda? (Conf. Duranton, t. VII, n. 583).

Nondimeno ci sembra cotesta interpretazione privare di ogni specie di significato ed applicazione la espressione adoperata nell'art. 891 *potere il convenuto impedire una nuova divisione*. Altronde forse gli stessi motivi pressappoco non sussistono, in un caso come nell'altro, per lasciare al convenuto la facoltà di prevenire, mediante un supplemento pagato all'attore, la perturbazione che l'annullamento della divisione può arrecare in tutti gli interessi della divisione stabiliti! Altronde spesso il convenuto non potrebbe, nell'opposto sistema, avere il mezzo di cavar

vantaggio dal beneficio offertogli dall'art. 891 come se, per esempio, avesse creduto e sostenuto, sino al termine del giudizio, non sussistere la lesione!

Quindi l'art. 1681—1527 permette al compratore di pagare al venditore di un immobile, lesa più de' sette dodicesimi, il supplemento del giusto prezzo nel caso in cui l'azione di rescissione venga ammessa: or addiviene sommamente verosimile essere stato per questo il divisamento del legislatore nell'art. 891.

Dunque è mestieri che i giudicati, onde si pronunzia la rescissione della divisione per causa di lesione, la pronunzino sotto questa condizione e sotto questa riserva scritta nella legge.

Demante, il quale insegna altresì cotesta dottrina, soggiugne il diritto di offrire il supplemento poter durare *sino a quando la novella divisione non seguisce compiutamente, ma però con l'obbligo, da parte di chi se ne volesse tardivamente, di pagare tutte le spese frustranee* (t. III, n. 236 bis, IV).

Forse è andare troppo lungi il riservare tal diritto al convenuto sino al compimento della nuova divisione; ed avvisiamo non poterlo più esercitare, quando avesse proceduto con l'attore ad atti, i quali implicassero da parte sua rinunzia al diritto di offrire il supplemento, ad atti tali, per esempio, che un erede, il quale vi avesse proceduto col cessionario de' diritti ereditari del suo coerede, non potrebbe più eliminarlo della divisione, rimborsandogli il prezzo della cessione; e di fatti rinviensi qualche analogia fra queste due situazioni (ved. il t. IV, numero 127).

Altronde ciò che ci pare altresì indubitato si è l'attore dovere di fatti, sino a quando avesse il diritto di offrire il supplemento medesimo, pagare tutte le spese fatte prima della sua offerta (confr. Poujol, art. 891, n. 4; Taulier, t. III, p. 399; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 286).

1748. — Si è dimandato se la offerta ed il pagamento del supplemento potessero farsi dal convenuto all'attore, in caso di lesione enorme, per esempio, di lesione oltre la metà?

Malleville, ha risposto negativamente (su l'art. 891).

Vazeille, ammettendo l'affermativa, soggiugne nondimeno il supplemento, in tal caso, doversi pagare in natura, val dire in effetti ereditari, e non potersi offrire in contante (art. 891, n. 2—947).

Ma questa ultima modificazione ci sembra affatto inammissibile.

Dilemma:

O l' art. 894 è applicabile; ed allora è applicabile interamente, come giace la facoltà conseguentemente, pel convenuto, di pagare il supplemento in contante o in natura;

O l' art. 894 non è applicabile; ed allora evvi luogo a novella divisione senza potere il convenuto offrire alcun supplemento, nè in natura, nè in contante.

Dunque l' unica quistione è se l' art. 894 torni allora applicabile.

Or è questa segnatamente, a creder nostro, una quistione di fatto:

Sì, l' art. 894 interamente tornerà applicabile, se la domanda di rescissione poggia sulla lesione;

No, non sarà applicabile, se la domanda di rescissione poggia sul dolo o sulla violenza; e la stessa enormezza della lesione costituirebbe indubitabilmente un elemento considerevole in una domanda fondata su l' una o l' altra di tali cause; ma ancora è uopo che tal causa sia quella dall' attore invocata per aver diritto di rifiutare l' offerta di un supplemento (confr. supra, n. 414; Massé e Vergé supra Zachariae, t. II, p. 386).

4749. — Del resto torna indubitato il diritto qui concesso con l' art. 894 al convenuto nel giudizio di rescissione potersi esercitare da' suoi aventi causa, da' suoi eredi, per esempio, da' terzi possessori degli immobili ereditari da lui alienati, nel caso in cui i terzi possessori medesimi potessero essere evinti (infra, n. 504 e seg.).

In vero non evvi motivo per considerare queste specie di diritti esclusivamente attribuiti alla persona del coerede (art. 1466, 1481, comma 2. — 1419, 1527; conf. Toulhier, t. II, n. 574; Poujol, art. 894, n. 2; Malpel, n. 312; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 286; Massé e Vergé, t. II, p. 386; legg. Lebrun, lib. IV, cap. 4, n. 65; decis. c. di Caen 13 nov. 1846, Lecrosnier, *Rac. delle decis. della C. di Caen*, 1847, p. 466).

1720. — Molino (sulla cons. di Parigi) e Lebrun (lib. IV, cap. 1, n. 62), insegnavano il supplemento doversi pagare in beni ereditari.

Ma per contrario Pothier ammetteva il convenuto a pagarlo in contante o in fondi (delle Success., cap. IV, art. 6).

E precisamente la dottrina di Pothier ven-

ne sancita con l' art. 894, con permettere al convenuto di pagare il supplemento, a sua scelta, sia in danaro, sia in natura.

Ad evidenza la espressione in natura dinota i oggetti ereditari; dappoiché appunto il supplemento della *sua* porzione ereditaria debbesi pagare all' attore; e conseguentemente non potrebbe, se non gli venga pagato in contante, pagarglisi in beni estranei alla eredità.

1721. — La scelta de' beni ereditari, i quali dovranno formare il supplemento medesimo, sembra per tesi generale dover competere al convenuto, dappoiché avrebbe la facoltà anche di pagarlo in danaro, ed altronde il debitore in generale, nel silenzio della legge, si appartiene la scelta (ved. art. 1490 — 1443).

Non pertanto torna manifesto la scelta medesima non essere assoluta, e doversi esercitare, in conformità delle regole generali in materia di pagamento, del pari che in conformità delle regole particolari in materia di decisione (confr. art. 1234, 1245, 1246, 826, 832 — 1197, 1498, 1499, 745, 754).

Laonde, per esempio, il convenuto dovrebbe in generale offrire beni interi e non già più parti di beni diversi.

Similmente converrebbe che offrisse, in preferenza degli altri, i beni annessi a quelli compresi nella quota dell' attore, ed i quali ne fossero il più naturale complemento.

Competerebbe al magistrato il risolvere la difficoltà che potessero sorgere, intorno a questi varii punti, tra le parti; come pure statuire, avuto riguardo alla natura de' beni onde trovavasi couposta la eredità, se i beni dati in supplemento dovessero essere immobili o mobili.

Finalmente addivene manifesto che, se le parti nè anco sieno di accordo intorno al valore de' beni offerti in supplemento, evvi luogo a farlo determinare da periti (coofr. decis. C. di Nîmes 3 marzo 1841, de Ramel, D., 1842, II, 42).

1722. — Il valore del supplemento da pagare debbe essere di quanto con ebbe il coerede leso per conseguire, in tempo della divisione, una quota eguale alle altre, avuto riguardo al valore de' beni ereditari in quella epoca (art. 890 — 810).

Obbietterassi tal modo di riparazione produrre il risultamento di abbandonare l' attore alla discrezione del convenuto, il quale potrà, secondo il suo maggiore interesse, sia

lasciar rescindere la divisione, se i beni ereditarii sieno scemati di valore, sia pagare il supplemento, qualora per contrario i beni ereditarii sieno accresciuti di valore; talchè correrà solo le eventualità del guadagno, senza correre solo le eventualità della perdita?

È ben vero; e converremo essersi potuto ovviare a cotesto risultamento, statuendo il valore del supplemento da pagare dover essere di quanto fosse necessario affinché il valore della quota dell'attore fosse eguale a quello delle altre quote le quali fossero state il risultamento della nuova divisione di tutti i beni ereditarii, avuto riguardo al loro attuale valore, se vi si fosse proceduto.

Ma tal punto di veduta non è totalmente quello in cui si è qui collocato il nostro legislatore. Questo ultimo modo di riparazione supporrebbe di fatti l'antica divisione considerarsi non avvenuta, ed il supplemento doversi computare secondo il risultamento di una novella divisione, la quale reputerebbesi fittiziamente avere avuto luogo.

Or tutto l'opposto! L'art. 891 dichiara la nuova divisione venire impedita mercè la offerta del supplemento; e conseguentemente la porzione ereditaria da compiere è la porzione ereditaria dall'attore ritratta dall'antica divisione, mantenuta e di cui vuolsi emendare unicamente la inegualianza.

Laonde, in materia di vendita d'immobili, il supplemento del giusto prezzo vien calcolato, non sul valore dello immobile nel momento della domanda di rescissione per causa di lesione, ma sul suo valore nel giorno della vendita (confr. art. 4675-4681—4521-4527; Demante, t. III, n. 236 bis; Taulier, t. III, p. 308).

4723. — Ma se l'attore ha diritto al solo supplemento della sua porzione ereditaria, secondo l'antica divisione, almeno ha diritto a tutta questa porzione; e non basterebbe però che il convenuto gli offrisse il supplemento indispensabile unicamente affinché cessasse di esser leso più del quarto!

A cagion di esempio un coerede doveva conseguire per sua quota il valore di 80,000 fr., e ne conseguì soli 59,000.

È manifesto l'attore non potere offerirgli soltanto 4000 fr., sostenendo, in questo caso, non trovarsi leso più del quarto, e conseguentemente non avere più azioni di rescissione per causa di lesione!

È ben vero! non avrebbe avuto tale azio-

ne, se fin dal principio non fosse stato leso più del quarto! Ma la lesione maggiore del quarto, già sofferta da lui per la seguita divisione, gli conferì un'azione di rescissione, la quale può estinguersi solo mercè la compiuta riparazione del nocumento arrecato.

Diciamo compiuta; dappoichè di fatti il convenuto neppur potrebbe fare, su questo supplemento, un prelevamento qualsivoglia, come il compratore, in materia di rescissione di vendita d'immobile per causa di lesione, può fare il prelevamento del decimo del prezzo totale. In vero la divisione ha un carattere ben diverso da quello della vendita! mentre non si è voluto interamente privare il compratore del legittimo vantaggio, che era in diritto di conseguire con questo interessato contratto. Tal ragione non campeggia menomamente fra' condividenti (confr. Delvincourt, t. II, p. 50, nota 2; Duranton, t. VII, n. 563).

4724. — Quando il valore del supplemento da pagare all'attore venne una volta determinato secondo le basi da noi stabilite, è mestieri effettivamente pagargli il valore medesimo nel momento stesso in cui gli si dee fare il pagamento.

È questa una ineluttabile verità, qualora il convenuto preferisca pagarlo in contante.

E conseguentemente non è meno inconcusca, qualora preferisca per contrario pagarlo in natura.

Imperocchè il dritto dell'attore è lo stesso in entrambi i casi; e non può mutare secondo che piaccia al convenuto liberarsi nell'una o nell'altra guisa.

Se dunque il convenuto paghi il supplemento in beni ereditarii, i beni medesimi dovranno rilasciarsi non già alla base del loro valore al tempo della divisione, ma sulla base del loro attuale valore.

Ma non pertanto, dirassi, se tali beni si fossero attribuiti, nel momento della divisione, al coerede attore, per lui appunto sarebbero scemati di valore!

È ben vero; ma similmente appunto per lui si troverebbero aumentati di valore; e la eventualità del guadagno allora sarebbe rimasta compensata con la eventualità della perdita. Mentre, se si potessero attribuirgli oggidì, post eventum, beni il cui valore trovisi scemato, soggiacerebbe ad una perdita non compensata, nel passato, da alcuna eventualità di guadagno! (confr. Chabot, art. 891, n. 3; Demante, t. III, n. 236 bis, III).

4725. — Ci sembra uoisono a' principii lo statuire il conuento, il quale paghi il supplemento in contante, dovere gl'interessi unicamente del giorno della dimanda; e, qualora il paghi in natura, dovere i frntti a computare dalla stessa epoca. Invero fino allora debbesi considerare essere stato di buona fede (confr. art. 438, 549, 1682, 2268 — 444, 474, 1528, 2474; *infra*, n. 511; Toullier, t. II, n. 572, Chabot, art. 894, n. 3; Tanlier, t. III, p. 309. Demante, t. III, n. 239 bis; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 386).

1726. — L'art. 894 sembra snporre nu conuento unico: esso dichiara: *Il conuento.*

Ma ad evidenza è desso semplicemente enunciativo; e la facoltà di offrire all'attore il supplemento della sua porzione ereditaria sussisterebbe incontrastabilmente del pari, qualora più fossero i conuenti.

4727. — Allora addiverrà indispensabile il seguente dilemma:

O i conuenti non sono di accordo ad offrire e pagare il supplemento: ed allora la divisione dovrebbe rescindersi, eccetto quando parecchi (ovvero un solo fra essi) volessero pagare il compiuto supplemento, di per se soli, senza il concorso degli altri, come ravviseremo potersi da essi praticare (*infra*, n. 471);

O sono di accordo ad offrirlo; ed allora non si andrebbe incontro a veruna difficoltà.

Non pertanto Demante soggiugne, intorno a questo ultimo caso, che « se tutti i conuenti sieno di accordo ad offrire il supplemento, ciò non vuol dinotare dovervi contribuire in parte eguale; che, per diritto comune, ciascuno debbe contribuire nella proporzione di quanto la sua quota trovasi aumentata per effetto della lesione sofferta dall'attore; che dunque un solo, col fatto, potrebbe avere a pagare lo intero supplemento. » (T. III, n. 236 bis, V).

Io vero cotesto modo di contribuzione parrebbe equo; ma è manifesto non potersi imporre a' coeredi; dappoichè la offerta del supplemento è facoltativa per ciascun di essi; e quindi addiverrebbe malagevole il sopporre un accordo fra' conuenti, per effetto di cui un solo pagasse lo intero supplemento; avvegnachè, se di fatti un solo volesse pagarlo senza concorso degli altri, il potrebbe senza ed anche malgrado di essi!

4728. — Altronde torna evidente fra conuenti alcuni poter essere interessati alla rescission della divisione, e conseguentemente

al non rimanere l'attore per rescissione soddisfatto mercè la offerta ed il pagamento del supplemento della sua porzione ereditaria.

A cagion di esempio tal sarebbe il coerede stesso leso dalla divisione, ma la cui lesione non fosse maggiore del quarto; o chi, trovandosi leso più del quarto, avesse lasciato compiere la prescrizione decennale a computare dal giorno in cui avesse potuto sperimentare l'azion di rescissione, mentre la prescrizione non sarebbe decorsa avverso l'attore attuale, atteso la sua minore età (*infra*, n. 478): tal sarebbe pure quello fra' coeredi il quale, non essendo soggiaciuto ad alcuna lesione per la divisione, avesse veduto i beni compresi nella sua quota notabilmente scemar di valore dopo la divisione, mentre i beni compresi nelle altre quote non fossero scemati di valore oppure se ne trovassero aumentati.

E conseguentemente si scorgo l'opposto interesse che altri conuenti, ovvero un solo tra essi potrebbero avere al mantenimento della divisione, come se avessero cavato vantaggio dalla divisione! oppure se i beni compresi nelle loro quote fossero aumentati di valore dopo tale epoca.

Lebrun, nel prevedere siffatta ipotesi, esprimevasi così:

« Il diritto di restituzione avverso una divisione si comunica talvolta per una specie di necessità; dappoichè, se si supponga, per esempio, essersi fatta una divisione fra tre fratelli, io cui i due seniori soggiacciono a qualche lesione, ed il cadetto trovisi averne tratto il vantaggio del terzo al quarto, ma il tempo della restituzione sia decorso riguardo al secondo fratello, e per contrario il terzo trovisi nel decennio dal giorno della sua maggiore età, la restituzione di costui gioverà al secondo, non potendo la divisione sussistere riguardo all'uno e venire dichiarata nulla riguardo a' due altri, e potendosi considerare come cosa tanto individua quanto una servitù. » (Lib. IV, cap. 4, n. 64).

Cotesta dottrina riuscirebbe ancor ben fondata oggidì, per modo che la divisione rescissa contro uno dovrebbe ad evidenza rescindere avverso tutti gli altri.

4729. — Ma allora sorge quistione se quello fra' conuenti, il quale avesse solo interesse alla validità della divisione, potesse di fatti arrestare il corso della dimanda di rescissione ed impedire una novella divisione, pagando solo all'attore il supplemento della sua porzione ereditaria?

Forse, potrebbe sostenersi per la negati-
va, non poter competere ad alcuni, nè a for-
siori ad un solo, fra coeredi convenuti, il far
prevalere il suo particolare interesse al co-
mune interesse di tutti gli altri.

Nulladimeno opiniamo avere egli di fatti
diritto di pagare solo il supplemento per im-
pedire una novella divisione.

Primamente però non all'attore per rescis-
sione competerebbe la facoltà di opporvisi.
Egli nulla ha ad opporre! tosti che il comple-
to supplemento della sua porzione ereditaria
gli venga offerto e pagato, nulla monta da
chil in conformità dell'art. 894.

E relativamente agli altri convenuti, rav-
visiamo l'interesse che avrebbero potuto ave-
re alla rescissione della divisione; ma riesce
malagevole a noi lo scorgere avere qualità
per dimandarla essi medesimi, quando colui
al quale solo si apparteneva l'azione di rescis-
sione si trovi soddisfatto. In vero l'azione di
rescissione andava attribuita effettivamente
alla persona del coerede leso; ed agli altri
coeredi, i quali, offesi ne' loro interessi dalla
divisione, non si trovassero nondimeno lesi
più del quarto, non competevasi alcuna azione
di rescissione: or il coerede, al quale solo
competeva tale azione, cessò di averla; dun-
que a nessuno può più competere in avve-
nire! Finalmente soggiungiamo il mantenimen-
to della divisione meritare sempre favore.

Ed è manifesto quello o quelli fra' conve-
nuti, i quali solo pagarono il supplemento,
non potere sperimentare alcun regresso av-
verso gli altri convenuti, che non vollero pa-
garlo, e che per l'opposto bramavano la re-
scissione della divisione!

Siffatta soluzione, la quale ci sembra giu-
ridica, può produrre il singolare risultamento,
cioè essere pel coerede leso più del quarto
buona fortuna l'essere soggiaciato a troppo
grave lesione, mentre sarà pel coerede leso
meno del quarto cattiva fortuna il non aver
sofferto lesione abbastanza grave!

È ben vero; ma il risultamento medesimo
ha luogo in tutte le congiunture in cui la
legge determinò un limite, un *maximum*,
(confr. Duranton, t. VII, n. 584; Toullier,
t. III, p. 400; Demante t. III, n. 236 bis, V).

1730. — Quando la stessa eredità abbia
dato luogo a più divisioni alcune principali;
altre secondarie, l'azione di rescissione, per
qualsivoglia causa, dolo, violenza o lesione,
riguardante una di tali divisioni, riguarda
del pari simultaneamente le altre divisioni?

e debbe forse, nel caso in cui venisse am-
messa, farle tutte egualmente svanire?

È mestieri distinguere:

Sì, se l'azione di rescissione riguardi la di-
visione principale;

No, se riguardi la divisione secondaria.

Così, per esempio, dopo una prima divi-
sione fra gli eredi della linea paterna e gli ere-
di della linea materna, hanno avuto luogo di-
visioni secondarie fra gli eredi delle due linee
della metà spettante.

Se la divisione principale venga impugna-
ta dagli eredi dell'una o dell'altra linea, tor-
na manifesto la sorte delle divisioni seconda-
rie trovarsi parimente involta nella contro-
versia, ed esse medesime svanire, se avvisata
la divisione principale su cui poggiano!

Se per contrario l'azione di rescissione ven-
ga istituita avverso una delle suddivisioni,
tale azione non porrà menomamente in qu-
stione il mantenimento della divisione prin-
cipale fra le due linee.

È poco monterebbe che le due operazioni
si fossero fatte con atti separati o con lo stes-
so atto: esse formano sempre due operazioni
distinte e due diverse divisioni.

La stessa distinzione dovrebbe applicarsi
nel caso in cui una prima divisione avendo
avuto luogo per stirpi, fosse stata seguita da
una suddivisione fra rami (confr. art. 836—
753; il tomo. III, n. 676; Duranton, t. VIII,
n. 585; Toullier, t. III, p. 393).

II.

*In quali modi le cause di nullità o rescissione della
divisione possono estinguersi.*

SOMMARIO

1729. — Il dolo, la violenza e la lesione rendono sol-
tanto annullabile la divisione.

1730. — Quando la convenzione sia soltanto annullabile, ne
discendono in generale tre corollari: A. l'azione di
nullità o di rescissione andar limitata ad un decennio;
B. estinguersi con la conferma o ratificazione espressa;
C. estinguersi parimente con la conferma o ratificazio-
ne tacita emergente dalla esecuzione volontaria.

1731. — Questi tre corollari sono forse applicabili ta-
mentale di divisione?

1732. — A. L'azione di nullità o rescissione va limitata al-
la durata di un decennio. — Osservazione.

1733. — Questo termine decorre, lo caso di lesione, a com-
putare dal giorno della divisione.

1734. — Continuazione. — La precedente è forse perimente
applicabile a coeredi minori? — In altri termini, quando
il minore ha leso più del quarto in una divisione altrep-

de regniarmonia fatta, il termine dell'azion di rescissione, a lui competente comincia forse a decorrere fin dal giorno della divisione, o soltanto dal giorno della sua maggiore età?

1733. — B. È incontestabile l'azion di nullità o rescissione della potestà estinguere con la conferma o ratificazione espressa della divisione, quando tale azione sia poggia sul dolo o su la violenza.

1736. — *Quid*, se l'azione di nullità o di rescissione della divisione poggia su la lesione?

1737. — Continuazione.

1738. — C. La conferma e ratificazione emergente dalla esecuzione volontaria dell'atto estingue forse l'azione di nullità o rescissione che poteva esistere avverso la divisione? — Esposizione.

1739. — A. Quando l'azione di rescissione sia fondata sul dolo o su la violenza, la volontaria esecuzione della divisione produce sì certo il risultato di estinguerla. — Del caso in cui il coerede, dopo lo scoprimento del dolo o la cessazione della violenza, abbia proceduto al rilascio delle quote, ricevuto a pagato il pareggiamento, ecc.

1740. — Del caso in cui il coerede abbia alienato la sua quota totalmente o parzialmente.

1741. — Non basterebbe, per desumere un motivo d'irritabilità avverso l'erede, da un suo qualsivoglia di esecuzione da lui fatto, il dividere aver conosciuto o dovuto conoscere il vizio della divisione? È mestieri provarsi dal giudicato aver l'erede effettivamente compiuto il vizio medesimo.

1742. — Continuazione. — Non potrebbe forse fare al coerede azione per rescissione la obbiezione, alienando la sua quota totalmente o parzialmente, essersi posto col proprio fatto alla impossibilità di ricomporre la massa ed obbligo di procedere a novella?

1743. — Continuazione.

1744. — *Quid*, se tutto o parte della quota dell'erede sia seggiato a appropriazione forzata?

1745. — *Quid*, nel caso in cui l'erede, vittima del dolo o della violenza, essendo trapassato, dopo scoperto il dolo o la cessazione della violenza, si fosse concessa l'alienazione dal suo erede, ignorando i vizi onde la divisione trovavasi colpita?

1746. — Il coerede, il quale alienasse la quota sua totalmente o parzialmente, posteriormente allo scoprimento del dolo o alla cessazione della violenza, potrebbe forse rinuovare il motivo d'irritabilità risultante in generale dal fatto che, inascolto, nell'atto di alienazione, una clausola mercé di cui si riservasse la facoltà di riprendere gli oggetti da lui alienati; nel caso in cui per effetto della rescissione della divisione, dovessero, conferirsi nella massa?

1747. — Altronde la regola si è, in tutti i casi in cui il coerede alienò la quota sua nelle condizioni determinate dall'art. 802, trovarsi estinta l'azione di nullità o rescissione per dolo o violenza, che egli potesse sperimentare avverso la divisione.

1748. — *Quid*, se il coerede, senza conoscere alcuna alienazione, aveva praticato dopo lo scoprimento del dolo o la cessazione della violenza, ogni altro atto da padrone, che avrebbe potuto fare unicamente riguardando

quale incontestabile proprietario, o che lo porrebbe nella impossibilità di conferire nella massa gli oggetti ereditari del stato in cui li ricevette?

1749. — II. La volontaria esecuzione della divisione estingue forse l'azione di rescissione, quando l'azione non desina poggia sopra una lesione maggiore del quarto?

— Specialmente il coerede lesa, il quale abbia alienato la sua quota totalmente o parzialmente, può forse ancora istituire l'azione di rescissione per causa di lesione? — Raponologo. — Quattro diverse opinioni vengono al campo:

1750. — A. Norma della prima opinione, il coerede il quale abbia alienato la sua quota totalmente o parzialmente può sempre dimandare la rescissione della divisione per causa di lesione, anche quando il coerede convenuto si giustificasse avere avuto luogo l'alienazione dopo avere acquistato conoscenza della lesione.

1751. — B. A norma della seconda opinione il coerede, il quale abbia alienato la sua quota totalmente o parzialmente, può per contrario sempre dimandare la rescissione della divisione per causa di lesione, anche quando il coerede convenuto dimostrasse avere avuto luogo l'alienazione dopo acquistata conoscenza della lesione.

1752. — C. La terza opinione applica puramente e semplicemente all'azione di rescissione per causa di lesione la distinzione che l'art. 802 all'azione di rescissione per dolo o violenza.

1753. — D. Finalmente, in conformità della terza opinione, il coerede, il quale abbia alienato la sua quota totalmente o parzialmente, può, secondo i casi ancora, o per contrario non può istituire l'azione di rescissione per causa di lesione, secondo che i magistrati statuiscono in fatto questa alienazione, a norma dell'art. 1338, costituire o non costituire una volontaria esecuzione di divisione.

1734. — Il dolo, la violenza e la lesione rendono soltanto la divisione annullabile, al pari di ogni altra convenzione colpita da uno di tali vizi.

Or ciò che caratterizza una convenzione semplicemente annullabile si è l'azione di nullità o di rescissione, cui dà luogo, essere meramente relativa, val dire appartenere unicamente alla parte nello interesse di cui soltanto questa nullità venne stabilita, e conseguentemente essere in libertà della parte stessa il rinunziarvi (arg. dagli articoli 225 4123 — 214, 4079).

1732. — Da cotesto generico principio discendono segnatamente tre corollari, cioè:

A. — L'azione di nullità o rescissione andar limitata al termine di un decennio (art. 4304 — 4258);

B. — Estinguersi mercé la conferma o la ratificazione espressa (art. 4338 — 4292);

C. — Estinguersi parimente mercé la conferma o la ratificazione tacita risultante dalla

volontaria esecuzione (stesso art. ; confr. il tomo III di questo trattato, n. 73; ed i nostri *Trattati del Matrimonio e della Separazione personale*, t. II, n. 338 e seg.; della *Paternità e della Filiazione*, n. 418; dell'*Adozione e della Patria potestà*, n. 438).

4733. — Siffatti tre corollarii son forse applicabili in materia di divisione?

L'unico testo esistente all'uopo, nel titolo in esame, è l'articolo 892—842, così concepito :

« Il coerede che ha alienato la sua porzione in tutto o in parte, non è più ammesso a proporre l'azione di rescissione per dolo o violenza se l'alienazione è seguita dopo che gli fu palese il dolo, o è cessata la violenza ».

Questo articolo, come ben si ravvisa, è relativo ad un sol caso di ratificazione tacita: e pure tratta genericamente de' vizi di dolo o violenza.

Potrebbe osservarsi, sotto questo rapporto, avere il legislatore detto qui troppo o troppo poco. A creder nostro, vassi incontro a gravi inconvenienti col rammentare, in un subbietto speciale, taluni soltanto de' principii generali: il parziale rimembramento può indurre a divisare aver voluto il legislatore eliminare quindi l'applicazione di quelli fra' principii generali da lui non rimembrati; e di fatti ravviseremo cotesto articolo incompiuto essere addvenuto, per questa medesima ragione, la sede d'innumeri controversie.

Non pertanto torna manifesto non potersi circoscrivere i motivi d'irricettibilità contro l'azione di rescissione della divisione a quelli qui contemplati con l'art. 892.

Tanto ravviseremo, successivamente disaminando i tre motivi d'irricettibilità da noi testè additati come suscettivi in generale di venire opposti avverso l'azione di nullità o di rescissione di una convenzione.

4734. — A. — E primamente torna in contrasto l'azione di nullità o di rescissione della divisione andar limitata al termine del decennio.

A norma dell'art. 1304—1258 :

« L'azione di nullità o di rescissione di una convenzione in tutti i casi dura dieci anni, quando non sia stata ristretta ad un minor tempo da una legge particolare ».

Or l'azione instituita avverso una divisione per causa di dolo, violenza o lesione, è un'azione di nullità o rescissione di una convenzione; e siccome nessuna legge particolare l'ha circoscritta a minor tempo, così

dunque ne discende la conseguenza perdurare un decennio.

È ben vero, a norma dell'art. 1676—1522, la domanda di rescissione della vendita per causa di lesione non potersi ammettere dopo il decorso di un biennio a computare dal giorno della vendita.

Ma precisamente non esiste alcun testo similante rispetto alla divisione; e quindi è forza inferirne l'azione di rescissione di una divisione, eziandio per causa di lesione, perdurare un decennio al pari dell'azione di rescissione per causa di dolo o di violenza.

Un decennio in vero forse questo termine è ben lungo quando trattasi di lesione; dappoiché è noto ebe, per determinare se vi sia lesione, è mestieri stimare gli oggetti secondo il loro valore al tempo della divisione (supra, n. 448 bis) : or torna malagevole il negare cotesta stima retrospettiva poter dare luogo a molteplici difficoltà ed incertezze, quando converrà farla dopo sì lungo intervallo di tempo, durante il quale mutamenti e variazioni più o meno considerevoli sopraggiungono quasi sempre nello stato e nel valore de' beni.

4735. — Almeno è forza aggiugnere siffatto termine di un decennio cominciare a decorrere dallo stesso giorno della divisione.

È ben vero ancora, in conformità dell'art. 1304, quando trattasi di un'azione di rescissione fondata su la violenza o sul dolo, il termine medesimo decorrere dal giorno in cui la violenza cessò, o dal giorno in cui il dolo venne scoperto.

Ma precisamente, quando trattasi di azione di rescissione poggia su la lesione, l'art. 1304 non addita alcun punto di partenza similante; e l'art. 4676 — 1522 dimostra la prescrizione avverso un'azione di rescissione per causa di lesione dovere, nello intendimento del legislatore, decorrere dal giorno stesso dell'atto rescindibile per tal causa.

Di fatti, in caso di lesione, non evvi, come in caso di dolo o violenza, un altro momento libero, in cui si possa ravvisare distintamente un novello stato della parte, ed il quale addvenir possa quindi il punto di partenza della prescrizione.

La lesione può provenire da cause diverse e molteplici, sia dalla cattiva posizione del coerede lesi, il quale impazientemente desiderasse la pronta divisione delle cose comuni per procacciarsi danaro; sia da errori commessi nelle stime del valore assoluto o rela-

tivo de' diversi beni ; sia forse parimente da un certo dolo da parte degli altri coeredi, ma non sufficientemente caratterizzato per venir colpito e divenir di per sè causa di nullità o rescissione.

Or, sarebbe stato quasi sempre difficilissimo il distinguere in quel momento preciso queste diverse cause fossero cessate di agire sul coerede dopo la divisione ; in qual momento, per esempio, la sua posizione fosse cessata di essere meno trista ; in qual momento avesse conosciuto più esattamente il valore relativo e comparato delle varie quote, e, ec.

E per tal ragione il legislatore concedette al coerede il termine di un decennio a computare dal dì della stessa divisione, per lasciare a coteste cause diverse il tempo di sparire, e segnatamente per potere il coerede verificare il valore della sua quota, e conoscere se debba o pur no dimandare la rescissione della divisione per causa di lesione ; talchè il motivo d'irricettibilità, risultante dal trascorrimento del termine medesimo, trovasi esso medesimo poggiato su motivi complessi, sia su la presunzione avere il coerede, dietro apposita verificaione, riconosciuto non essere leso ; sia su la presunzione, se fosse leso, aver rinunciato alla sua azione di rescissione ; sia finalmente altresì sopra una specie di pena inflitta alla sua inazione ed al suo silenzio durante questo lungo intervallo (confr. Durand, *delle Prescrizioni*, p. 458 ; Duranton, t. VII, n. 590 ; Demante, t. III, n. 238 bis ; Malpel, n. 348 ; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 289 ; Massé e Vergé, t. II, p. 389 ; Larombière, *Trattato delle Obbligazioni*, t. III, art. 1304, n. 27).

4733.—La testè esposta soluzione è al certo applicabile a' coeredi di età maggiore che godono i loro diritti.

Ma è uopo forse applicarla parimente a' coeredi di minore età ?

Non parliamo qui però della ipotesi in cui le formalità imposte dalla legge per le divisioni, in cui trovansi interessati minori, non si fossero osservate : allora la divisione non sarebbe provvisoria, e noi già manifestammo la nostra opinione su tal punto (ved. il tomo III, n. 689 e seg.).

La proposta questione suppone esser seguita la divisione con la osservanza di tutte le formalità dalla legge richieste ed essere definitiva (art. 840—759).

Ebbene ! adunque in tal divisione il mino-

re fu leso più del quarto ; e trattasi conoscere se il termine dell' azione di rescissione per causa di lesione, a lui competente, decorra dal giorno della divisione ? ovvero per contrario se comincerà a decorrere soltanto dal giorno della sua maggiore età ?

Per sostenere il termine dover cominciare a decorrere eziandio in questo caso dal giorno della divisione sonosi invocati due argomenti :

1. Uno viene desunto dal testo dell' art. 1314—1268, in conformità di cui :

« Quando si sono osservate le formalità richieste riguardo a' minori o agl' interdetti, tanto nell' alienazione degl' immobili, che nelle divisioni dell' eredità, sono i medesimi considerati, relativamente a questi atti, come se gli avessero fatti nella maggiore età o prima dell' interdizione. »

Or, si è detto, se il minore avesse fatto la divisione della eredità in tempo della sua maggiore età, il termine stabilito per lo sperimento dell' azione di rescissione decorrerebbe contro di lui dal giorno della divisione ;

Dunque debbe decorrere da questo medesimo giorno, comunque la divisione seguiti durante la sua minore età, dovendosi, relativamente a tale atto, considerarlo come se l'avesse fatto in tempo della maggiore età.

2. « Se diversamente accadesse, la condizione delle persone di maggiore età, le quali debbano procedere a divisioni con persone di età minore, sarebbe altamente da compiangere : l' azione di rescissione avverso le più regolari divisioni potrebbe perdurare più di un trentennio. »

Così si esprime Toullier, il quale insegna di fatti cotesta dottrina nel *Titolo delle Successioni* (t. II, n. 585).

Ma primamente osserveremo lo stesso illustre autore essersene dipartito nel *Titolo delle Obbligazioni*, dove insegna una dottrina affatto opposta, comunque altronde non rammenti quella da lui precedentemente insegnata :

« Rispetto alle divisioni regolarmente fatte, egli dice, i minori non possono, come le persone di maggiore età, farle rescindere se non provando una lesione maggiore del quarto: ma il termine di dieci anni conceduto per dimandare la rescissione decorre soltanto dal giorno della loro maggiore età. » (T. IV, n. 583)

E questa ultima dottrina ci sembra effettivamente l'unica ben fondata :

1. A norma dell'art. 2252—2458, la prescrizione non decorre avverso i minori e gli interdetti, salvo quanto rinvii dichiarati nell'art. 2278—2484, e la eccezione degli altri casi contemplati dalla legge;

Or il caso in esame non venne contemplato dalla legge come di eccezione alla regola generale;

Dunque reputasi rimasto sotto l'impero di cotesta regola, in conformità di cui la prescrizione non decorre avverso i minori.

2. Si è invocato l'art. 1314—1268 come costituente la eccezione.

Ma è manifesto lo scopo di quello articolo essere ben diverso!

Con l'art. 1305—1259 erasi dichiarato la semplice lesione dar luogo alla rescissione a pro del minore avverso ogni sorta di convenzioni; ed unicamente a cotesta regola l'art. 1314, alla volta sua, apporta eccezione, disponendo, rispetto alla divisione regolarmente seguita, il minore potere essere restituito, come il maggiore di età, solo per lesione maggiore del quarto. Dunque l'art. 1314 determina semplicemente quale specie di lesione produrrà, a pro del minore, l'azione di rescissione: tanto risulta dal suo ravvicinamento non solo con l'art. 1305, ma co'susseguenti articoli e segnatamente con l'art. 1313—1267; ma l'art. 1314 non parla menomamente del termine dell'azione di rescissione, nè del punto da cui comincia a decorrere il termine medesimo!

3. Il termine ed il punto da cui comincia a computarsi trovarsi esclusivamente stabiliti dall'art. 1304—1258; or ben lungi dallo apportare quelle articolo una eccezione alla regola, a norma di cui la prescrizione non decorre avverso i minori, per l'opposto dichiara il termine di dieci anni cominciare a decorrere, ne' casi da esso contemplati, dal giorno della loro maggiore età.

Ed è questa pure la ragione per cui più generalmente, con sommo fondamento, a parer nostro, il termine di dieci anni stabilito dall'art. 1304 rimane sospeso a pro del minore succeduto a persona di maggiore età (confr. arresto C. cass. 8 nov. 1843, Trépied, Dev., 1844, I, 129; dec. C. di Agen 40 gen. 1854, Semirni, Dev., 1854, II, 53; Merlin, Rep., v. Rescissione; Coulon, Quist. di diritto, t. I, p. 467 e seg.; Zachariae, Aubry e Rau, t. III, p. 201; Larombière, delle Obblig., t. IV, art. 1304, n. 32).

4. Obbietterassi, in conformità dell'art.

1676—1522, il termine del biennio, per istituire l'azione di rescissione per causa di lesione, in materia di vendita d'immobili, decorrere avverso le donne maritate e gli assenti, gli interdetti ed i minori rappresentati da una persona di età maggiore venditrice.

Ma precisamente è questa una eccezione la quale, trovandosi stabilita nel solo caso di vendita, non potrebbesi estendere al caso di divisione, per cui non rinviensi alcun testo similante; e se fu scritta per derogazione al diritto comune, per la vendita, lo fu per lo stesso motivo che fece circoscrivere a due anni, per derogazione eziandio al diritto, per la vendita, la durata dell'azione di rescissione: er per contrario, come l'azione di rescissione è rimasta sottoposta al diritto comune, per la divisione, relativamente alla durata, così del pari è rimasta sottoposta al diritto comune, circa il punto da cui comincia a decorrere la durata medesima, egualmente che le cause di sospensione o interruzione della prescrizione.

Non potremmo negare cotesta dottrina dar luogo a grave obiezione; e gl'inconvenienti da noi stessi additati, della lunga durata di un'azione di rescissione per causa di lesione (supra, n. 476), possono addivenire così al certo assai notabilmente più gravi ancora! ma appartarrebbe al legislatore il dare a tale obiezione la soddisfacente soluzione, che meriterebbe di fatti, a creder nostro, di ottenere, almeno in determinata proporzione: sino a quel momento e nello stato attuale della legislazione, crediamo dovere pienamente persistere nella nostra dottrina (confr. arresto C. cass. 30 marzo 1830, Chagot, Dev., 1830, I, 238; Delvincourt, t. II, p. 50, nota 7; Malpel, n. 348; Marcadé, art. 892; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 290, 294; Dutrieu, n. 635; Larombière, loc. supra cit.; n. 26).

4734.—B. In secondo luogo affermammo l'azione di rescissione e di nullità di una convenzione potersi estinguere mercò conferma o ratificazione espressa.

È ben vero la legge sommettere la conferma medesima a talune condizioni aventi per oggetto di garantire farsi liberamente e con piena cognizione di causa; ma, sotto queste condizioni, la espressa conferma estingue l'azione di rescissione o di nullità.

A norma dell'art. 1338—1292:

« L'atto di conferma o ratifica di una ob-

«bligazione contro la quale la legge ammette l'azione di nullità o di rescissione, non è valido che qualora vi si trovino la sostanza dell'obbligazione, il motivo espresso dell'azione di rescissione, e la dichiarazione di correggere il vizio su cui tale azione è fondata.»

E: «La conferma produce la rinuncia ai mezzi ed alle eccezioni che potevano opporsi contro tale atto, senza pregiudizio però del diritto de' terzi.»

Torna indubitato cotesto modo di conferma o ratificazione espressa essere applicabile all'azione di nullità o rescissione di una divisione, quando l'azione medesima poggi su la violenza o sul dolo (art. 4415, 4304, 1318 — 1069, 4258, 4292).

4735. — Ma per contrario è controversa questione quella se l'azione di nullità o rescissione, quando poggi su la lesione, possa estinguersi per effetto di conferma o ratificazione espressa.

A norma di una dottrina un tempo propugnata da antichi dottori, e da odierni giuriconulti professata ancora oggi, converrebbe negativamente rispondere.

I propugnatori della dottrina medesima ragionano nella seguente guisa:

1. La ratificazione di un atto rescindibile per un vizio qualsivoglia è possibile sol dopo cessato il vizio; dappochè diversamente la stessa ratificazione troverebbesi colpita dallo stesso vizio onde lo era l'atto ratificato;

Or, sino a quando il deficit, da cui risulta la lesione, non venga, se non pienamente appianato, almeno ridotto a proporzione tale da non costituire più una lesione maggiore del quarto, il vizio della divisione sussiste;

Dunque la ratificazione, data in tale stato di cose, troverebbesi essa medesima colpita dal vizio di lesione; e non si scorge per qual motivo il consenso posteriore fosse più efficace per estinguere l'azione di rescissione che il consenso anteriore non fu per impedirle di sorgere.

2. Ecco di fatti, dicesi, quanto dimostra l'art. 888 — 808, il quale mantiene la transazione dopo la divisione sol quando abbia avuto per oggetto difficoltà reali: or la transazione supra immaginarie difficoltà non sarebbe altro che una ratificazione obliqua e simulata della divisione: dunque la ratificazione medesima viene dichiarata impossibile con l'art. 889.

3. Finalmente si aggiugne esser questa una

sanzione necessaria dell'azione di rescissione competente al coerede leso; dappochè se la ratificazione fosse possibile, potrebbe farsi nel di seguente o nel giorno stesso della divisione, e quindi nulla riuscirebbe più agevole dello sventare la tutelare preveggenza del legislatore.

Da tali motivi si è inferito:

1. La ratificazione gratuita doversi dichiarar nulla;

2. La ratificazione onerosa non potere di per sé medesima venir dichiarata valida se non sotto la condizione che il valore, somministrato qual prezzo della ratificazione, fosse sufficiente a far cessare la causa di rescissione, val dire la lesione maggiore del quarto (confr. Demante, t. II, n. 237 bis, 1; Marcadé, art. 892; Mourlon, *Rip. Scrit.*, t. II, p. 213, 214; Zachariae, e Massé e Vergé, t. II, p. 387, 388; ved. pure Fabro, C., lib. IV, t. XXX, def. 1).

4736. — Siffatta dottrina non ci sembra giuridica; e per contrario opiniamo la divisione rescindibile per causa di lesione poter formare l'oggetto di espressa conferma.

1. Ne' termini più generici l'art. 1338 dichiara la obbligazione, avverso la quale la legge ammette l'azione di nullità o rescissione, poter venire espressamente confermata; e di fatti quello articolo si applica al certo a tutte le obbligazioni avverso le quali ammettasi un'azione di nullità o di rescissione;

Or la divisione, in cui il coerede fu leso più del quarto, è una convenzione avverso la quale la legge ammette l'azione di nullità o rescissione;

Dunque trovasi compresa ne' termini dell'art. 1338; e può costituire l'oggetto di una espressa conferma.

Pretendesi tal conferma potersi fare sol dopo cessato il vizio di lesione!

Ma torna manifesto ciò equivalere allo affermare la espressa conferma non potere cancellare il vizio medesimo; avvegnachè apparentemente, dopo cessata la lesione, non vi sarà più azione di nullità nè di rescissione; e tostochè la divisione non sarà più rescindibile non abbisognerà più di conferma!

2. L'art. 1338, così inteso, come ci sembra indubitato doverlo essere, secondo l'assoluta generalità de' suoi termini, è altronde in isonno, anche simultaneamente, alla ragione ed a principii.

Indubitatamente la eguaglianza è una regola essenziale in materia di divisione; e nel-

la stessa divisione la legge imperativamente comanda mantenersi; ma è forza nulladimeno niente esagerare; ed addizione manifesto, al postutto, la lesione, quando esista, ferire il particolare interesse dell'erede che vi soggiaccia; nessun pubblico interesse trovarsi qui impegnato; e quindi il legislatore aver potuto o piuttosto aver dovuto ammettere la possibilità di una conferma.

Ciò che è soltanto necessario si è tal conferma doversi fare in condizioni le quali garantiscano esser l'opera di una volontà pienamente libera e lucida.

D'onde mai nasce generarsi dalla lesione una causa di rescissione? Dal presumersi dalla legge, sia che il consenso del coerede leso non fu sufficientemente libero, per la sua trista posizione, sia che non fu sufficientemente lucido, per gli errori che si potettero commettere nella stima de' varii beni, e forse eziandio per l'abuso che i suoi coeredi potettero fare della sua sciagura o della sua ignoranza;

Or, quando il coerede leso dichiara, in un atto di conferma il quale riunisca tutte le garanzie richieste dall'art. 4338, confermare la divisione, e quando i magistrati, sempre estimatori supremi della questione se in fatto il consenso fu prestato in piena libertà e con cognizione di causa, riconoscano tal conferma essere di fatti l'opera di una libera e lucida volontà, non sarebbe forse manifesta esagerazione il non avervi alcun riguardo!

Pothier divisava precisamente così:

« Se tal rinunzia, egli diceva (all'azione di rescissione per causa di lesione in una vendita), venisse fatta con atto posteriore al contratto, o non vi fosse luogo a sospettare essersi convenuta col contratto, in questo caso, reputerebbesi valida: sarebbe una rinunzia volontaria fatta dal venditore ad un diritto che gli compete o di cui poteva liberamente disporre. » (*Della Vendita*, n. 355).

E di fatti è questa la dottrina sancita dall'art. 4674 — 1320 del Codice, dichiarando nulla la rinunzia concomitante con la vendita, e la quale si fosse fatta nel contratto.

3. Questi argomenti ci sembrano aver dimostrato preventivamente i propugnatori della dottrina da noi combattuta senza fondamento invocare l'art. 888. Già osservammo (*supra*, n. 434) cotesto articolo riferirsi ad ipotesi ben diversa da quella di una conferma posteriore, sincera e leale: la ipotesi da esso contemplata è quella preveduta da Pothier,

quando parlava di un atto di rinunzia posteriore, intorno a cui vi fosse luogo a sospettare essersi convenuto col contratto; e ragionevolmente al certo l'art. 888 dichiara nulla la rinunzia all'azione di rescissione per causa di lesione, la quale, ben lungi dal costituire un atto di conferma volontaria, nelle condizioni richieste dall'art. 4338, fu fatta sotto la veste di mentita transazione, dalla legge considerata, per lo stesso motivo, colpita dagli stessi vizi della divisione, di cui è un supplemento fatto in frode delle sue disposizioni.

Ma da ultimo, dicesi; in quale epoca, in qual giorno la espressa conferma sarà possibile? La permetterete voi il dì seguente o nel giorno stesso della divisione?

Semplice è la nostra risposta:

Questo atto di conferma va sottoposto, al pari di tutti gli altri atti di conferma, alle condizioni richieste dall'art. 4338; val dirsi doversi fare volontariamente liberamente e con piena cognizione di causa; condizioni che si appartiene a magistrati il valutare. Dunque i magistrati valuteranno le circostanze la rispettiva posizione delle parti il modo onde seguì la divisione, il tempo più o men lungo effettivamente decorso dopo la divisione medesima, ecc.; e dovranno statuire in fatto se la conferma, che ebbe luogo, appaghi le condizioni imposte dall'art. 4338 (confr. arresto C. cass. 29 ott. 1814, *Vérice*, *Sirey*, 1815, I, 293; *Duranton*, t. VII, n. 587-1, e t. XVI, n. 436, 437; *Toullier*, t. IV, n. 505, 506; *Troplong*, *della Vendita*, t. II, n. 798; *Ducaurroy*, *Bonnier* e *Roustaing*, t. II, n. 813; *Zachariae*, *Aubry* e *Rau*, t. V, p. 287; *Larombière*, *delle Oblig.*, t. III, art. 4338, n. 26 e 34, 35).

1737. — C. Finalmente, in conformità dell'art. 4338, in mancanza di atto di conferma o ratificazione, basta che la obbligazione venga volontariamente eseguita dopo l'epoca in cui la obbligazione poteva venire validamente confermata o ratificata.

E la volontaria esecuzione, al pari della conferma o ratificazione riguardava l'azione di nullità o rescissione, che poteva sussistere avverso la convenzione.

Ci rimane a disaminare se questo terzo ed ultimo motivo d'irricevibilità possa venire opposto eziandio all'azione di nullità o rescissione della divisione.

Primamente dichiariamo essere indubitata l'affermativa, a creder nostro; ma, siccome su tal punto ancora, sonosi suggerito differenze fra l'azione di rescissione per causa

di dolo o violenza, e l'azione di rescissione per causa di lesione, così separatamente ragioneremo intorno a ciascuna di tali cause di rescissione.

1738. — I. Primieramente circa i vizi di dolo o violenza, è manifesto la volontaria esecuzione della divisione, da parte di quello fra' coeredi che ne fa vittima, estinguere la sua azione di rescissione (confr. art. 1145-1147, 1304 1338 — 1069-1074, 1258-1292).

Quindi, per esempio, non potrebbe più sperimentarla, qualora, dopo scoperto il dolo, o cessata la violenza, avesse proceduto coi suoi coeredi al rilascio delle quote; qualora avesse ricevuto da un di essi il pagamento del pareggiamento, o esso medesimo avesse pagato il pareggiamento ad un di loro, co.

1739. — Viemaggiormente l'art. 892 — 812 dichiara il coerede, il quale abbia alienato la sua quota in tutto o in parte, non poter più sperimentare l'azione di rescissione per dolo o violenza, se l'alienazione da lui fatta sia posteriore allo scoprimento del dolo o alla cessazione della violenza.

Nondimeno come ben si ravvisa, non il solo fatto dell'alienazione produco cotesto motivo d'irricettibilità: la legge vi oppone per condizione essersi consentito l'alienazione dall'erede dopo avere scoperto il dolo o esser cessata la violenza.

E ciò torna nel tempo stesso logico ed equo.

Di fatti cotesta alienazione non può rendere irricettibile l'azione di rescissione dell'erede se non perchè essa equivale ad una ratificazione della divisione; e la stessa ratificazione o conferma può sortire effetto sol quando sia volontaria, val dire sol quando abbia avuto luogo, da parte dell'erede, con la volontà di riparare il vizio della divisione: or apparentemente l'erede non avrebbe potuto avere la volontà di riparare il vizio medesimo, se nol conoscesse o non godesse la sua piena libertà.

1740. — Laonde non basterebbe, per desumere un motivo d'irricettibilità, avverso l'erede, da un atto qualsivoglia di esecuzione da lui fatto, il dichiarare aver conosciuto o dovuto conoscere il vizio della divisione; esser di peso da lui lo avere cognizione, co.

È ben vero essersi preteso un tempo l'azione di rescissione per causa di dolo prescrivarsi dal giorno non solo in cui si scoprì il dolo, ma eziandio dal giorno in cui si dovette o potette scoprirlo (confr. Lebrun lib. IV, cap. 4, n. 52).

Ma tutti i testi in disamina osteggiano similgiante dottrina (confr. art. 1304-1338 — 1258-1292).

Possibilità o verosimiglianze di tal genere non costituiscono prove.

Or il nostro Codice con l'art. 1338, richiede la prova che non lasci alcuna incertezza intorno alla intenzione che effettivamente ebbe la parte eseguendo l'atto, di rinunziare all'azione di nullità o rescissione a lei competente avverso l'atto medesimo; e di fatti tal condizione debbe tauto più mantenersi in quanto che le rinunzie ad un diritto non si presumono (confr. arresti C. cass. 49 dic. 4853, Basile, D., 4854, I, 686; 29 lug. 4856, Alles, Dev., 4857, I, 824; decis. C. di Lione 6 ag. 4857, stesse parti, Dev., 4858, II, 485; arresto C. cass. 17 nov. 4858, Bouche, G. del P., 4859, p. 849).

1741. — Non pertanto non potrebbesi forse fare la seguente obbiezione:

L'erede, il quale dimandi la rescissione di una divisione, debbe però offrire di riporre nella massa tutt'i beni compresi nella sua quota; affinché si proceda ad una novella divisione;

Or, alienando tutta o parte della sua quota, si è posto col proprio fatto nella impossibilità di adempiere a siffatta condizione; dappoichè non potrebbe ad evidenza evincere esso medesimo il suo compratore eni debbe garantirla.

Dunque siffatta alienazione, di per se sola, dovrebbe impedirgli di dimandare la rescissione della divisione.

Di fatti è questa la dottrina professata da Delvincourt (t. II, p. 50, nota 40), e da Malpel (n. 346), i quali insegnano lo stesso art. 892 supporre tal costante principio, ed apportarvi eccezione soltanto pe' casi di violenza e di dolo.

Ma il testo medesimo dell'art. 892 prescrive similgiante interpretazione; comunque Delvincourt convenga suggerirla non ostante la sua compilazione!

Di fatti ciò che risulta da siffatto testo non è menomamente l'alienazione consentita dal coerede di tutta o parte della sua quota cessare, per eccezione, di produrre un motivo d'irricettibilità avverso l'azione di nullità della divisione, quando abbia avuto luogo prima dello scoprimento del dolo o della cessazione della violenza: sì bene per l'opposto risulta l'alienazione produrre, per eccezione un motivo d'irricettibilità, quando abbia avuto luogo dopo la cessazione della violenza o lo scoprimento.

mento del dolo; il che suppone il contrario principio generale, val dire l'alienazione, di per sé sola, non generare alcun motivo d'irricettibilità avverso l'azion di rescissione della divisione (*supra*, n. 484).

Ma da ultimo, dicesti il coerede attore per rescissione non può riporre nella massa gli oggetti da lui alienati; dappoiché non può egli medesimo evincere il suo compratore.

È ben vero! ma tutto ciò che ne conseguita si è di riporre gli oggetti medesimi nella massa col prendere tanto di meno (*infra*, n. 503; arresti C. cass. 4 dicembre 1850, Beaumont; 48 dicembre 1854, Bérion-d'Orche, Dev., 1854, I, 479 e 350; Lebrun, lib. IV, cap. 1, numero 52; Merlin, *Rep.*, v. *Les one*, 56, Duranton, t. VII, n. 388, 589; Demante t. III, n. 237 bis, II; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, t. II, n. 845; Chabot, art. 892, n. 2; e *Éléments-Jolimon*, *op. cit.*).

1742. — Dunque è mestieri, affinché l'alienazione generi un motivo d'irricettibilità avverso l'azione di nullità della divisione, farsi liberamente e con cognizione di causa, val dire quando trattasi di violenza, dopo la cessazione della violenza, e quando trattasi di dolo, dopo lo scoprimento del dolo.

E di fatti allora il motivo d'irricettibilità, che ne discende, è ben fondato sotto un duplice punto di veduta:

Ha un lato l'erede non potette alienare tutta o parte della sua quota se non perobè riguardavansene difinitivo ed incommutabile proprietario: or potevane essere difinitivo ed incommutabile proprietario sol quando rinunziasse alla sua azione di rescissione, avverso la divisione;

D'altro lato puossi eziandio obiettarli, in tal caso, con sommo fondamento, che ponendosi così, non solo per proprio fatto, ma per volontà sua, nella impossibilità di restituire gli oggetti alla massa, val dire di adempiere alle condizioni della sua azione di rescissione, reputasi per la circostanza medesima avere ancora virtualmente rinunziato a tale azione (*confr.* arresto C. cass. 17 feb. 1830, Lamotte, D., 1830, I, 413).

1743. — Tali motivi spiegano come si è potuto statuire la spiegazione forzata non potere, relativamente all'applicazione dell'art. 892, assimigliarsi all'alienazione volontaria da esso supposta, dichiarando: il coerede che ha alienato la sua porzione (*confr.* dec. C. di Grenoble 8 mag. 1835, Durey, D., 1836,

II, 87; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 278).

1744. — Similmente è manifesto, quando l'art. 892 stabilisce un motivo d'irricettibilità avverso l'erede il quale abbia alienato la sua quota, totalmente o parzialmente, dopo lo scoprimento del dolo o la cessazione della violenza, quello articolo supporre l'alienazione essersi consentita da colui stesso il quale conosceva il vizio onde la divisione trovavasi colpita.

Dunque non sarebbe applicabile nel caso in cui l'erede, vittima del dolo o della violenza, essendo trapassato, eziandio dopo lo scoprimento del dolo o della cessazione della violenza l'alienazione si fosse consentita dal suo erede, nella ignoranza de' vizi onde la divisione trovavasi colpita; dappoiché quello erede non avrebbe avuto però la volontà di rinunziare ad un'azione di nullità di cui ignorava la esistenza (*confr.* Larombière, t. IV, art. 4338, num. 36; *ed.* pure *arr. no* C. cass. 12 giugno 1839, Dessain, Dev., 1839, I, 659).

1745. — Il coerede, il quale alienasse la sua quota totalmente o parzialmente dopo lo scoprimento del dolo o della cessazione della violenza, potrebbe forse sottrarsi al motivo d'irricettibilità emergente in generale da questo fatto, inserendo nell'atto di alienazione una clausola mercè di cui si riservava la facoltà di riprendere gli oggetti da lui alienati pel caso in cui, per effetto della rescissione, della divisione, dovrebbero conferirsi nella massa?

La Corte di Grenoble giudicò per l'affermativa in una specie in cui l'azione di rescissione trovavasi già istituita dall'erede che consentì l'alienazione (*decis.* 8 mag. 1835, Dorey, D., 1836, II, 87); e di fatti puossi affermare il duplice motivo, su cui poggia il mezzo d'irricettibilità, svanire allora, sia perchè l'alienazione medesima non manifesta lo intendimento di rinunziare all'azione di nullità della divisione, e di fatti potere essersi consentita sotto l'impero di grave bisogno, come sono, per lo più, consentite, per esempio, le vendite con patto di ricompra; sia perchè il coerede neppure si pose nella impossibilità di conferire nella nuova massa divisibile l'oggetto da lui alienato (*confr.* Massé e Vergé *supra* Zachariae, t. II, p. 388).

Di fatti crediamo potersi statuire in tal senso: dappoiché in tutto ciò predomina la questione di volontà e nondimeno conver-

rebbe star cauto; dappoichè è pur regola certissima, quando facciasi un determinato atto ben qualificato, non potersi, mercè proteste, impedir lo effetto necessario dell'atto medesimo (confr. arresto C. cass. 47 feb. 1830, Lamotte, D., 1830, I, 413).

4746.—Ma altronde quando stieno le condizioni determinate con gli art. 892 e 1338 — 812 e 1292, ogni alienazione fatta dal coerede della sua quota produce un motivo d'irricevibilità avverso la sua azione di nullità dalla divisione per causa di dolo o violenza.

Dunque poco monta avere egli alienato, sia la integrità o una quota parte della integrità della sua porzione ereditaria, sia determinatamente un solo o più degli oggetti compresi nella sua quota o tutti questi oggetti, sia immobili o mobili, ec.

E neppure è da distinguere se abbia alienato a titolo oneroso o a titolo gratuito.

Parrebbe emergere da una considerazione di una decisione della Corte di Borghes la donazione tra vivi fatta da un erede di un effetto compreso nella sua quota non doversi considerare come ratificazione dalla divisione (Decis. 25 aprile 1826, Arnoux, D., 1827, II, 48).

Ma se questa fosse la dottrina emessa in quella decisione, converrebbe affermare al certo, con Massé e Vergé, non doversi seguitare (sopra Zachariae, t. II, p. 379).

In tutti questi casi l'azione di nullità troverebbesi adunque estinta.

4747.—Non dovrebbero forse eziandio dichiararla estinta, anche quando il coerede non avesse consentito alcuna alienazione, se avesse fatto, dopo scoperto il dolo o cessata la violenza, ogni altro atto da padrone, che non avrebbe potuto fare se non considerandosi come incommutabile proprietario, ed il quale lo porrebbe nella impossibilità di conferire nella massa gli oggetti ereditari nello stato in cui li ricevette?

Come, per esempio, se avesse demolito gli edifizii, reciso gli alberi, ovvero soltanto conceduto ipoteche convenzionali, ec.

Tal quistione non è speciale alla subbietta materia della divisione; ed appartiene al titolo delle obbligazioni convenzionali in generale, dove ci faremo a disaminarla (su l'art. 1338).

Non pertanto ciò che possiamo affermare qui si è sembrarci di fatti l'art. 892 non doversi intendere in senso restrittivo; avvegnachè non è, a eroder nostro, se non una conseguenza ed

un' applicazione particolare del principio generale stabilito con l'art. 1338, da cui risulta appartenere a' magistrati il disaminare se la parte che istituisca, avverso una convenzione, un'azione di nullità o di rescissione, abbiasi anteriormente preclusa l'azione medesima con lo eseguire volontariamente siffatta convenzione (confr. Durantou, t. VII, n. 588; Larombière, t. IV, art. 1338, numero 44; ved. nondimeno Aubry e Rau sopra Zachariae t. V, p. 278, 279, e t. III, p. 491, 192).

4748. — Il. Ora ci rimane ad osservare se la esecuzione volontaria della divisione estingua parimente l'azion di rescissione, quando l'azione medesima poggia sopra una lesione maggiore del quarto;

E specialmente se il coerede leso, il quale alienò la sua quota totalmente o parzialmente, non possa istituire l'azion di rescissione per causa di lesione.

È questa quistione sommamente controversa, ed i cui elementi, oggidì moltiplici, non vanno forse immuni da qualche confusione.

Possono noverarsi per sino quattro opinioni campeggianti su tal punto:

A. o B. — I propugnatori delle due prime opinioni insegnano l'art. 892 non essere applicabile all'azion di rescissione per causa di lesione; ma i propugnatori di ciascuna di essi desumono da cotesta comune premessa un corollario sommamente diverso.

E, mentre i propugnatori della prima opinione ne inferiscono l'alienazione render sempre, in questo caso, incapace l'erede ad agire, anche quando abbia ignorato la lesione;

I propugnatori della seconda per contrario ne inferiscono l'alienazione uol rendere giammai incapace, anche quando abbia avuto conoscenza della lesione.

C. — I propugnatori della terza opinione avvisano doversi puramente e semplicemente applicare all'azion di rescissione per causa di lesione la distinzione stabilita con l'art. 892, relativamente all'azion di rescissione per causa di dolo o violenza.

D. — Da ultimo, in conformità della quarta opinione, l'art. 892 è inapplicabile all'azion di rescissione per causa di lesione; ma questa alienazione debbasi considerare come atto di esecuzione, che compete a' magistrati il disaminare, per istituire se riunisca le condizioni richieste dall'art. 1338 per poterla

l'atto di esecuzione *trar seco* ratificazione di una convenzione annullabile.

E forza rapidamente disaminare cotesti vari sistemi.

1749. — A. I propugnatori del primo, diciamo, insegnano, il coerede, il quale abbia alienato la quota sua totalmente o parzialmente, non poter mai dimandare la rescissione della divisione per causa di lesione, anche quando il coerede convenuto non di mostrasse l'alienazione avere avuto luogo dopo avere acquistato conoscenza della lesione :

Sia perchè il coerede attore si pose così nella impossibilità di conferire nella massa gli oggetti alienati, l'art. 892, il quale eccettua dall'applicazione del principio medesimo i casi di dolo e di violenza, non potrebbesi estendere al caso di lesione intorno a cui si tace (confr. Delvincourt, t. II, p. 50, nota 40; Malpel, n. 316) ;

Sia perchè, avendo potuto, appena effettuata la divisione, verificare la lesione di cui si duole, il coerede attore si presume aver fatto cotesta verifica o aver rinunziato a farla, quando alieni, in vece di formare domanda di rescissione (confr. Chabot, art. 892, n. 2; Poujol, art. 892, n. 4—3; decisi. C. di Grenoble 3 lug. 1822, Curtyl, Sirey, 1823, II, 405; di Poitiers 40 giugno 1830, Pressat, Dev., 1830, II, 209; di Grenoble 49 giugno 1834, Brizard, Dev., 1832, II, 447).

Ma torna indubitato, a parer nostro, non potersi ammettere siffatta dottrina.

Noi già risponderemo al primo motivo consistente nel sostenere lo stesso art. 892 supporre costante il principio il solo fatto dell'alienazione di un oggetto compreso nella sua quota impedire al coerede di formare una domanda di rescissione, ed unicamente per eccezione a tal principio l'art. 892 eliminare cotesto motivo d'irricettibilità, in caso di dolo o violenza, quando l'alienazione ebbe luogo prima dello scoprimento del dolo o della cessazione della violenza; e ci basti il rimetterci alla confutazione da noi fatta (supra, n. 486).

Relativamente al secondo motivo, al certo non è più decisivo.

Di fatti adunque dove è mai il testo che stabilisca tal presunzione legale, in forza di cui il coerede, il quale alienò totalmente o parzialmente la sua quota, dovrebbe esser trattato come se avesse, prima di alienare,

verificato nessuna lesione sussistere in suo detrimento, o rinunziato a fare cotesta verifica? Non se ne rinviene alcuno, ed il vero si è che tal presunzione sarebbe stata sommamente ingiusta ed anche pienamente in contraddizione con lo scopo soccorrevole propostosi dal legislatore con lo stabilire l'azione di rescissione per causa di lesione!

Da ultimo osserviamo l'art. 1684—1527 dimostrare il solo fatto dell'alienazione non stabilire un motivo d'irricettibilità avverso l'azione di rescissione per causa di lesione; dappoichè suppone l'azione medesima potersi istituire nel caso in cui l'oggetto della convenzione fu trasferito ad un terzo possessore.

1750. — B. — A norma del secondo sistema, diametralmente opposto al primo, il coerede, il quale alienò totalmente o parzialmente la sua quota, può per contrario sempre dimandare la rescissione della divisione per causa di lesione, anche quando il coerede convenuto dimostrasse l'alienazione avere avuto luogo dopo conosciuta la lesione.

Questo sistema vien professato da' giuriconsulti; i quali avvisano, come osservammo, la divisione rescindibile per causa di lesione non essere suscettiva di espressa conferma, sino a quando il *deficit* non venne riparato, e viemaggiormente quando il *deficit* costituisca una lesione maggiore del quarto (supra, n. 480).

« Ciò premesso, dice uno de' più eminenti difensori di siffatta teorica, torna manifesto l'alienazione fatta dal coerede *leso*, al pari di ogni altra esecuzione volontaria della divisione, non poter costituire contro di lui una efficace ratificazione; e ragionevolmente l'art. 892 non applica la sua disposizione all'azione di rescissione per causa di lesione » (Demante, t. III, n. 237 bis, 1; confr. Marcadé, art. 892; Mourlon Ripet. scrit., t. II, p. 214; Massé e Vergé sopra Zachariae, t. II, p. 387, 388).

Ma crediamo avere cziando già sufficientemente dimostrato essere teorica eccessiva e davvero inaccettabile quella i cui propugnatori pretendono l'azione di rescissione per causa di lesione non essere assolutamente suscettiva di estinguersi mercè la conferma o ratificazione (supra, n. 481).

1751. — C. Scendiamo ora a disaminare il terzo sistema, il quale applica puramente e semplicemente all'azione di rescissione per

causa di lesione la distinzione dall'art. 892 applicata all'azione di rescissione per causa di dolo o violenza.

Consequentemente l'alienazione renderà l'erede lesò incapace di dimandare la rescissione della divisione, se il convenuto dimostri avere avuto luogo dopo conosciuta la lesione.

Essa nol renderà incapace, se il convenuto non faccia la prova medesima (confr. decis. C. di Nîmes 10 marzo 1847, Garnier, Dev. 4848, II, 500; Zachariae, § 626, nota 20; Belost-Jolinont sopra Chabot, art. 892, *omero*. 4; Vazeille, art. 892, n. 2; Taulier, t. III, p. 400-402).

Colesta dottrina parrebbe, a primo aspetto, ragionevole. In vero l'alienazione consentita dal coerede di un oggetto compreso nella sua quota, è un atto di conferma, e potendo la divisione rescindibile per lesione venir confermata, al pari della divisione rescindibile per dolo o violenza, forse non è logico statuire l'alienazione, quando si sarà consentita dal coerede lesò con cognizione del vizio, che gli permetteva di reclamare, costituir pure, da parte sua: una volontaria esecuzione producendo ratificazione della divisione?

Ma primamente avvisiamo siffatta dottrina, applicando all'azione di rescissione per causa di lesione, l'art. 892, il quale si applica per contrario all'azione di rescissione per dolo o violenza, non solo dare all'articolo medesimo un'arbitraria estensione non comportata dai suoi termini; ma torna malagevole il non ravvisare che essa disconosca inoltre la mente del legislatore, il quale si è ad evidenza astenuto a bella posta dal far menzione della lesione nell'art. 892; è basta, per rimanerne convinto, il rammentare che testè precisamente erasi esclusivamente intrattenuto intorno alla lesione negli stessi articoli precedenti l'art. 892, in cui per contrario parla esclusivamente del dolo o della violenza, omettendo la lesione. Dunque tale omissione è al certo intenzionale.

In vero grave è, sotto questo rapporto, la differenza fra il dolo e la violenza da un lato e la lesione d'altro lato!

Benissimo si comprende, in caso di dolo o violenza, il legislatore aver potuto dichiarare il coerede che avesse alienato la sua quota totalmente o parzialmente, doversi necessariamente reputare incapace di dimandare, per questa causa, la rescissione della divisione.

DEMOULRE, Vol. VIII.

ne, quando l'alienazione avesse avuto luogo dopo lo scoprimento del dolo e la cessazione della violenza; dappoiché la causa della rescissione risulta allora da un vizio del consenso, che di fatti si trova quindi necessariamente purgato.

Ma ben diverso è il carattere della lesione.

Se il coerede lesò può dimandare la rescissione della divisione, la ragione non solo è lo avere ignorato la lesione! ma segnatamente ed innanzi tutto l'essere stato lesò!

In vero la lesione può, come già affermammo, emergere da diverse cause: indubitabilmente dall'errore, ma altresì dalla trista posizione e dalla sciagura del coerede lesò, il quale era impaziente di ottenere la sua quota, precisamente per venderla, ad obbietto di procacciarsi danaro!

Dunque ben si comprende il legislatore non aver fatto emergere, in caso di lesione, come in caso di dolo o violenza, un motivo d'irritabilità necessario dall'alienazione, anche quando venisse dimostrato l'alienazione essersi consentita dal coerede che conosce la lesione arrecatagli dalla divisione.

Ed in tal guisa si spiega il silenzio da lui serbato intorno alla lesione nell'art. 892, il quale di fatti non si applica a questa causa di rescissione.

4752. — D. Ma, se la speciale disposizione dell'art. 892 non si applica all'azione di rescissione della divisione per causa di lesione, avvisiamo la generica disposizione della art. 1338 applicarvisi, e conseguentemente competere a magistrati il disaminare in fatto se l'atto che ebbe luogo, e particolarmente se l'alienazione consentita dal coerede lesò di tutta o parte della sua quota, costituisca una volontaria esecuzione di natura tale da produrre conferma.

Aubry e Rau, i quali insegnano parimente cotesta dottrina, soggiungono che se l'art. 892 non debbesi applicare all'azione di rescissione per causa di lesione, la ragione si è che esso contiene una disposizione affatto eccezionale; dappoiché l'alienazione non potrebbe considerarsi come atto di esecuzione volontaria della divisione, e quindi l'art. 892 non potrebbe spiegare merco i principii generali in materia di conferma o ratificazione.

« Non si esegua un atto, nel senso proprio della espressione, dicono i nostri dotti colleghi, se non con adempiere le obbligazioni da esso impostevi, o con accettare la prestazione delle obbligazioni che esso impone altrui:

qualodi, per esempio, il pagamento di un pareggiamento, dovuto in forza della divisione, costituisce una esecuzione dell'atto medesimo, tanto da parte del coerede che effettua tal pagamento quanto da parte di chi lo riceve; ma il coerede, il quale alieni tutti o parte degli oggetti compresi nella sua quota, non adempie, a pro de' suoi coeredi, alcuna delle obbligazioni emergenti dalla divisione, e non la esegue conseguentemente nel senso dell'art. 4333. » (T. V, p. 279 e 287-289).

Non pertanto cotesto motivo non ci parrebbe determinante a pro della dottrina da noi professata.

Primamente, nello ammettere la differenza fra gli atti di esecuzione di una convenzione, comuni ad entrambe le parti, e gli atti di esecuzione i quali emanano soltanto da una di esse, e nello ammettere di fatti i primi avere una forza conservativa molto più efficace de' secondi, ci parrebbe impossibile il negare assolutamente e questi ultimi ogni forza di tal genere; e malagevolmente si raggiungerà la persuasione altresì la disposizione dell'art. 892 non rannodarsi, nella mente del legislatore, precisamente ad una idea di conferma (*supra*, n. 481).

Ma inoltre ereditiamo non potersi, circa la applicazione della dottrina da noi suggerita, fare alcuna distinzione tra diversi atti di esecuzione; e cotesta dottrina doversi applicare indistintamente agli uni ed agli altri, al pagamento di un pareggiamento, per esempio, che il coerede avesse ricevuto, del pari che all'alienazione fatta da lui di un oggetto compreso nella sua quota.

Ciò che i magistrati dovranno esaminare, in tutti i casi, si è se la escenzione medesima fu volontaria, ovvero, in altri termini, se si fece scientemente e liberamente: scientemente, val dire con l'acquisita conoscenza della lesione, e non semplicemente con un più o meno vago e confuso sospetto della lesione medesima; liberamente, val dire acceca dalla pressione emergente dalle circostanze di tristezza, le quali avrebbero potuto, nel momento della divisione, alterare il consenso del coerede leso.

Siffatta dottrina, pienamente unisona all'art. 4338, il quale, nell'assoluta generalità de' suoi termini, necessariamente comprende tutte le azioni di nullità o di rescissione di una convenzione, e conseguentemente escludendo l'azione di rescissione di una divisione per

causa di lesione, ci sembra appagare simultaneamente in conveniente proporzione tutti gli interessi; avvegnachè, mentre mantiene efficacemente, come conviene l'azione di rescissione per causa di lesione, a pro del coerede leso, vietando opporgli, come prova di conferma, atti di esecuzione, colpiti dagli stessi vizi che produssero la lesione nella stessa divisione, permette a' magistrati di ammettere a mantener del pari la conferma vere, quando emaneranno manifestamente da volontà libera e scevra da ogni errore e pressione (confr. decis. C. di Bordò 6 luglio 1826, Gragnon, Sirey, 4827, II, 9; di Bourges 25 aprile 1826, Arnand, Sirey, 1827, II, 41; arresti C. cass. 17 feb. 1830, Lamothe, D., 4830, I, 413; 24 genn. 1833, Beranger, Dev., 4833, I, 209; decis. C. di Tolosa 24 nov. 1832, Gros, Dev., 1833, II, 316; di Agen 24 genn. 1836, Delbès, Dev., 1836, II, 206; di Bordò 26 lug. 1838, Dartenset, Dev., 1839, II, 51; di Nîmes 22 marzo 1839, Mathieu, Dev., 1839, II, 461; di Bordò 30 lug. 1849, Leymarie, Dev., 1850, II, 37; arresto C. cass. 4 dic. 1850, Benamont, Dev., 1851, I, 479; 48 feb. 1851, Bérion-d'Oche, Dev., 1851, I, 310; 22 feb. 1854, Péricat, Dev., 1854, I, 173; 9 mag. 1855, d'Anglade, Dev., 1855, I, 794; decis. C. di Nîmes 22 apr. 1858, Accabat, Dev., 1858, II, 586; Merlin, Rep. v. Lesione, § 6; Duvergier sopra Toullier, t. II, n. 583, nota 6; Duranton, t. VII, n. 589; Ducanroy, Bonnier e Roustain, t. II, n. 843; Larombière, t. IV, art. 4338, n. 46).

III.

Quali sono gli effetti della rescissione della divisione?

SOMMARIO

1735. — Il Codice è silenzioso intorno agli effetti della rescissione della divisione. — Conseguenza.
1736. — L'effetto generale della rescissione si è il ripristinare le cose in *præteritum*, come se la convenzione rescissa non avesse mai avuto luogo. — Dunque le divisioni rescisse debbono considerarsi non avvenute.
1737. — Gli effetti della rescissione della divisione possono considerarsi: A. a riguardo a' terzi; B. a riguardo ai coeredi, gli uni verso gli altri.
1738. — A. È uopo forse applicare l'effetto risolutivo della rescissione a tutti i diritti che i terzi potessero acquistare nello intervallo dalla divisione alla rescissione, contrattando con uno de' coeredi relativamente a' beni com-

presi nella sua quota? — Degli atti di amministrazione.

1759. — Delle alienazioni di mobili corporali.

1760. — Delle alienazioni di beni incorporeali o immobili. — Del caso in cui le alienazioni medesime furono consentite dall'attore per rescissione.

1761. — Continuazione. — Delle servitù, delle ipoteche o altri diritti reali consentiti dall'attore per rescissione.

1762. — Del caso in cui le alienazioni di beni incorporeali o immobili si fossero consentite dal convenuto nell'azione di rescissione?

1763. — B. Ra' rapporti de' coeredi rispettivamente gli uni verso gli altri, la indivisione reputasi sempre sussistita dopo l'apertura della successione. — Degli aumenti o delle diminuzioni accidentali di valore, ovvero delle perdite per caso fortuito sopraggiunto a' beni compresi nelle varie quote.

1764. — Del caso in cui i beni furono alienati. — Se non vengono conferiti in natura, per non essersi risolte le alienazioni, debbono almeno conferirsi su la base del loro attuale valore.

1765. — Continuazione. — I coeredi di chi abbia consentito l'alienazione potrebbero forse domandare di conferire il prezzo da lui ritirato dall'alienazione medesima?

1766. — Delle spese necessario o utili fatte da' coeredi sui beni compresi nella loro quota.

1767. — De' deterioramenti da loro commessi.

1768. — Qual è mai l'effetto della rescissione della divisione rispetto al godimento? ovvero, la sua terminazione da' coeredi è forse tenuta a conferire nella massa i frutti o interessi de' beni compresi nella sua quota?

1753. — Il titolo in disamina non contiene alcuna speciale disposizione relativamente agli effetti della rescissione della divisione; e conseguentemente è forza applicarvi le regole del diritto comune su gli effetti della rescissione delle convenzioni.

Adunque non è questo il luogo di molto fermarsi intorno a cotesto subbietto, con tanta maggior ragione in quanto che già offrimmo sviluppiamenti circa gli effetti di due specie di rescissione, pressochè simiglianti, i quali han luogo, quando un erede venga restituito, sia avverso la sua accettazione, sia avverso la sua rinunzia (confr. il tomo II, n. 558 e seg. ed il tomo III, n. 401 e seg.)

1754. — L'effetto generale della rescissione si è il ripristinare le cose in *praeteritum*, come se la convenzione rescissa non fosse mai esistita; e puossi affermare, sotto questo rapporto, la rescissione agire al pari della condizione risolutiva (confr. L. XXIV, § 4, ff. de Minor viginti quinque annis; art. 1483 — 1136).

Dalle quali cose conseguita la divisione

rescissa doversi considerare non avvenuta; la indivisione doversi reputare aver sempre perdurato; ed esservi luogo a procedere a novella divisione.

Va! dire esser mestieri reconstituire la massa divisibile: or è questa una delicata operazione, la quale può dar luogo, in pratica, a molteplici difficoltà di esecuzione; ed è questo il motivo per cui il legislatore fu sollecito ad impedire, per quanto potette, siffatte specie di rescissioni!

1755. — Gli effetti della rescissione della divisione possono considerarsi:

A. — Sia rispetto a' terzi, che potettero, *medio tempore*, nello intervallo dalla divisione alla rescissione, trattare con ciascuno degli eredi relativamente agli oggetti compresi nella sua quota;

B. — Sia riguardo a' coeredi rispettivamente, gli uni verso gli altri.

1756. — A. Rispetto a' terzi, se si applicasse loro lo effetto risolutivo della rescissione, ne discenderebbe la conseguenza tutti i diritti che avessero potuto acquistare da parte di ciascuno de' coeredi, su' beni spettatigli, trovarsi risolti, o almeno la conservazione andarne subordinata allo evento della novella divisione da seguire, e continuare a sussistere sol quando i beni medesimi si rinvenissero ancora compresi nella quota del coerede con cui contrattarono (*supra*, n. 498; decis. C. di Grenoble 27 genn. 1859, Fabrégue, Dev., 1860, I, 44).

Di fatti tal sarebbe la conseguenza dell'assoluto rigore del principio: *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*.

Ma cotesto rigore sarebbe cieco ed avverso a tutti i privati e pubblici interessi; quindi spesso ravvisammo tal principio ammettere molti temperamenti; ed ancor qui ne ravviseremo una novella prova.

Laonde è mestieri primamente eccettuare gli atti di amministrazione, come le locazioni, ec., o più generalmente gli atti necessari; avvegnachè ciascuno de' coeredi reputasi aver ricevuto, in ogni evento, il mandato da' suoi coeredi di amministrare i beni compresi nella sua quota (arg. dall'art. 4240 — 4493: ved. il tomo II, n. 293).

1757. — Neppure evvi dubbio alcuno doversi mantenere le alienazioni de' mobili corporali, salvo soltanto il caso eccezionale in cui avessero avuto luogo a pro di terzi di mala fede; come, per esempio, se il convenuto

nella domanda di rescissione già formata si affrettasse di alienare la sua quota a vil prezzo a pro di un terzo, complice della frode medesima.

Ma, tranne tal caso, tutte le alienazioni di mobili dovrebbero mantenersi, sia che si fossero consentite dall'attore per rescissione, sia che si fossero consentite dal convenuto, e qualunque fosse la causa della rescissione, lesione, ovvero dolo e violenza (Art. 2279 e 1441 — 2185 e 1095).

1758. — Le alienazioni di beni incorporali o immobili dovrebbero eziandio mantenersi, se si fossero consentite dall'attore per rescissione; dappoiché torna impossibile lo avere diritto di evincere esso medesimo coloro cui debbe garanzia (confr. *supra*, n. 486, ed *infra*, n. 504).

È ben vero i coeredi convenuti, i quali possono dimandare tutti i beni ereditari dovendosi confondere nella massa, non dovere garanzia a coestati terzi compratori, ohi nulla trasmissero e quindi sembra potero pretendere i beni esistenti presso di essi dovere di fatti riporsi nella massa.

Ma la evizione, alla quale li facessero soggiacere per tal pretensione, produrrebbe il risultamento di dar luogo a regresso in garanzia avverso l'attore per rescissione, e conseguentemente osteggiare lo sporcimento dell'azione medesima, il quale debbe sempro esser libero riguardo ad essi, qualunque siane la causa, dolo o violenza, o lesione.

1759. — Forse lo stesso motivo non dovrebbe garantire parimente, avverso lo effetto risolutivo della rescissione, gli altri diritti reali conferiti a persone terze dall'attore per rescissione, come, per esempio, i diritti, di usufrutto, di servitù o ipoteca?

Puossi effettivamente affermare non dovere appartenergli lo annientare, col proprio fatto, diritti da lui stesso conceduti, ed alla cui garanzia va sottoposto (confr. puro il nostro *Trattato dell'Assenza*, n. 250).

Non pertanto è uopo ammettere esservi, per una ipotesi pressappoco analoga al nostro subbietto, un caso contrario nell'art. 860 — 779; ed osservammo, precisamente in tale congiuntura, il legislatore mostrarsi meno geloso del mantenimento de' semplici frammenti del diritto reale di proprietà che della stessa intera proprietà (confr. il tomo IV, n. 512).

1760. — Ma che mai statuire relativamente alle alienazioni di beni incorporali, o im-

mobili, consentite dagli eredi convenuti nell'azione di rescissione?

Regularmente è allora il caso di applicare lo effetto risolutivo della rescissione; dappoiché torna indubitato enteste specie di azioni essere in generale rei *persecutoriae*, e ridondare avverso i terzi possessori (art. 1483 1681, 2125, 2182 — 1136, 1527, 2011, 2076; confr. Merlin, *Repert. v. Rescissione*, n. 4; Toullier, t. II, n. 573; Chabot, art. 887, n. 5; Malpel, n. 312; Poujol, art. 887, n. 6; Taulier, t. III, p. 400; Ducaurroy, Bonnier e Roustinaing, t. II, n. 814; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 286; Massé e Vergé, t. II, p. 386; Dutruc, n. 637).

E nondimeno, eziandio in tale ipotesi, l'applicazione dello effetto risolutivo, riguardo ai terzi, ha pur dato luogo ad obiezioni: siffattamente le nostre moderne idee o le nostre giudiziarie consuetudini ripugnano sempro più oggidì a tutte coteste reazioni nel passato! (Confr. *Rivista pratica di diritto francese*, 1858, articolo di Emilio Ollivier su l'adagio: *resolutio jure dantis, resolutur jus accipientis*).

Laonde sorge primamente la quistione se la rescissione conservi il suo effetto risolutivo, quando poggia sul dolo; quistione allorché la quale nulla ha di speciale alla materia della divisione, e che quindi non è questo il luogo di esaminare (ved. articolo 1416 — 1070).

Eziandio negli altri casi, come, per esempio, quando la rescissione poggia su la lesione o su la violenza, è sorta quistione se vi fosse luogo a rispettare i terzi, i quali acquistano di buona fede dal coerede convenuto, quando dispose, come pieno proprietario, in forza della divisione medesima attualmente rescissa?

In vero possono addursi in tal senso considerazioni gravissime: il tenue interesse che per lo più avrà il coerede attore ad evincere i terzi, potendo venir soddisfatto mercè collazione col prendere tanto di meno; e per contrario l'interesse considerevole che avrà sempre il coerede convenuto ad impedire tali evizioni, le quali darebbero luogo contro di lui a regressi in garanzia forse sommamente onerosi; il favore legittimamente dovuto eziandio a' terzi medesimi, i quali contrattarono col coerede, su la fede di un titolo di cui nulla potette svelare loro il vizio; tutte queste considerazioni, le quali, nell'art.

860—779, indussero il legislatore a mantenere le alienazioni consentite, prima dell'apertura della successione, dall'erede donatario senza esonerazione dalla collazione, non campeggiano forse qui con la stessa energia, per far mantenere le alienazioni consentite da coeredi prima della rescissione della divisione?

È questa la dottrina professata da Demante, il quale opina i tribunali potere, secondo le circostanze, determinarsi per queste considerazioni di equità; soggiugnendo nondimeno che, siccome non esiste per questo ultimo caso un testo simigliante all'art. 860, così i magistrati avrebbero similmente diritto di ammettere il principio dello effetto risolutivo della rescissione, ed estenderlo, se vi fosse luogo, avverso i terzi compratori (t. III, n. 3 bis, III).

Ma è forza confessare cotesta dottrina essere alquanto incerta per non dire arbitraria.

Non sarebbe meglio impendere a soccorrere i terzi compratori, invocando qui l'applicazione della teorica, su cui imprendemmo a fondare la validità delle alienazioni consentite dall'erede apparente, e conseguentemente statuire ciascun de' coeredi doversi considerare aver ricevuto da' suoi coeredi il mandato di amministrare, cum libera, rispetto a' terzi, la porzione della universalità ereditaria formante la quota spettatagli? (V. il nostro *Trattato dell'Assenza*, n. 249 e seg.).

Già per ben due volte, nel titolo in esame, suggerimmo l'applicazione di cotesta teorica in circostanze affatto simiglianti a questa; e dobbiamo qui rimetterci alle spiegazioni da noi date allora (confr. il tomo II, n. 569, ed il tomo III, n. 403).

4761.—B. Ne' rapporti de' coeredi rispettivamente gli uni verso gli altri, lo effetto della rescissione si è la indivisione doversi reputare esser sempre esistita dall'apertura della successione sino alla novella divisione da seguire.

Dalle quali cose conseguita tutti i beni reputarsi sempre rimasti di fatti a rischio e pericolo della massa comune; e riguardarla gli aumenti o immegliamenti accidentali, che potettero sopraggiugnervi in quello intervallo: dunque per essa crebbero di valore, come per essa diminuirono oppure interamente perirono per caso fortuito (arg. dagli art. 855, 1302—774, 4256; confr. Taulier, t. III, p. 400).

4762.—Relativamente a' beni alienati, non vassi incontro a veruna difficoltà, se le alienazioni vengano risolte: allora tornando i beni in natura alla massa, ad evidenza vi tornano col loro attuale valore.

Ma avvisiamo dover parimente avvenire così nel caso in cui non venendo, risolte le alienazioni, i beni costituiscano, da parte del coerede che gli alienò, l'oggetto di una collazione fittizia o col prendere tanto di meno: similmente secondo il loro attuale valore debbono computarsi nella novella divisione (confr. decisi. C. di Bourges 25 apr. 1826, Arnaud, Dev. 427, II, 48; Duenourry, Bonnier e Rouslaing, t. II, n. 815; Demante, t. III, n. 237 bis; e 239 bis; Taulier, t. III, p. 400).

4763.—Non pertanto puossi muovere all'uopo la questione se i coeredi di colui che consentì alienazione potessero dimandar: che in vece di conferire la stessa cosa in natura, nel primo caso, o l'attuale valore della cosa, nel secondo, conferisse il prezzo che ritrasse dall'alienazione della cosa medesima?

La teorica sancita con gli articoli 855 ed 860-774 e 779, in materia di collazione, somministrerebbe indubitatamente un argomento gravissimo per la negativa: il coerede, direbbesi, addirittura, dopo la rescissione della divisione, debitore degli oggetti compresi nella sua quota, di quegli oggetti stessi, in specie, come l'erede è debitore, in specie, degl'immobili donatigli dal defunto, senza esonerazione dalla collazione: or l'erede donatario, il quale alienò prima dell'apertura della successione lo immobile donatogli, debbe sempre, nè più nè meno, la collazione dello stesso immobile, avuto riguardo al suo valore al tempo dell'apertura della successione: dalle quali cose conseguita che, se lo immobile per la prima di quella epoca, per caso fortuito, rimanesse pienamente liberato e può ritenere, per sè solo, il prezzo ricevuto (ved. il tomo IV, n. 518): dunque debbe avvenire lo stesso rispetto all'erede che alienò, prima della rescissione della divisione, uno degli oggetti compresi nella sua quota (ved. eziandio art. 958—853).

Non pertanto cotesta soluzione non verrebbe da noi seguitata.

È primamente ci sembra indubitato, rispetto a' mobili corporali, i coeredi poter dimandar al loro coerede il prezzo della vendita da lui fattane (ved. art. 868—787), salvo inoltre, se vi fosse luogo, la loro azio-

ne di danni-interessi avverso di esso, come, per esempio, se il coerede medesimo avesse commesso un dolo, in loro detrimento, e si fosse affrettato a vendere a vil prezzo i mobili spettatigli.

Ma, eziandio relativamente agli immobili, opiniamo i coeredi aver diritto di assumere per se stessi la vendita consentita dal loro coerede, e conseguentemente dimandargli la collazione del prezzo in vece della collazione della stessa cosa in natura o del valore attuale della cosa.

In vero da un lato non rinviensi, per la ipotesi in esame, alcun testo similmente all'art. 860, speciale alla materia delle collazioni.

E d'altro lato i principii della rescissione non sono gli stessi che i principii della collazione. Per effetto della rescissione della divisione, la indivisione reputasi sempre esistita; e non iscorgesi la legittima ragione, per cui il coerede, il quale abbia alienato, volesse impedire a' suoi coeredi di assumere, per conto dello massa comune, l'alienazione da lui fatta dietro la divisione oggidì rescissa: soggiungiamo costeta dottrina offrire il vantaggio eziandio di essere unisona a siffatta somma regola di eguaglianza, che è sempre rilevante serbare, per quanto più sia possibile, fra coeredi (confr. Taulier, t. III, p. 400).

4764. — Ben si comprende doversi compensare a ciascuno de' coeredi le spese necessarie o utili da lui fatte su' beni compresi nella sua quota; e si applicheranno, in tale congiuntura, i principii del diritto comune, intorno a tali specie di compensamenti o indennizzazioni (arg. dagli art. 861-863—780-782; ved. pure il tomo IV, n. 493 e seg.).

4765. — Come del pari, sembra giusto ciascuno dover compensare i mutamenti o deterioramenti da lui arrecati su' beni compresi nella sua quota (arg. dall'art. 863).

4766. — Finora ci siamo intrattenuti intorno agli stessi beni, cioè intorno al fondo, alla sostanza.

Ci rimane ad osservare, rispetto al godimento, lo effetto della rescissione della divisione, ovvero, in altri termini, se ciascuno de' coeredi debba conferire nella massa i frutti e gl'interessi da lui raccolti da' beni compresi nella sua quota.

Dalla decisione della Corte di Caen del 5 dicembre 1849 emergerebbe la divisione rescissa dover sempre produrre i suoi effetti

circa la riscossione de' frutti ed il determinazione del godimento, almeno a titolo di divisione provvisoria (Duval, D., 1854, II, 497).

Ma ci sembra assai agevole sublimare a principio costeta proposizione.

In vero la divisione rescissa non potrebbe confondersi con la divisione provvisoria. È naturalissima, in caso di divisione provvisoria, ciascuno de' coeredi conservare i frutti o interessi de' beni compresi nella sua quota; dappoiché tale era precisamente lo scopo della divisione medesima. Ma per contrario, in caso di divisione rescissa, le parti non ebbero per scopo di fare semplicemente una divisione di godimento; ma intesero fare una divisione definitiva della stessa eredità; e se tal divisione venga rescissa, non iscorgesi per qual motivo verrebbe nondimeno mantenuta parzialmente, val dire rispetto al godimento. Costeta soluzione sarebbe soprattutto inaccettabile nel caso in cui la divisione si fosse rescissa per causa di dolo o violenza; come mai sarebbe possibile mantenere tal divisione, eziandio soltanto circa il godimento, considerandola come divisione provvisoria; dappoiché la stessa divisione, provvisoria, viziosa di dolo o violenza, è dichiarata nulla come tale, non dovrebbe al certo produrre alcuno effetto, eziandio rispetto al godimento!

Bunque avvisiamo, relativamente a noi, essere per contrario inassimila la rescissione della divisione avere per effetto di astringere ciascuno de' coeredi a conferire nella massa i frutti e gl'interessi de' beni compresi nella sua quota, con riserva soltanto degli effetti della buona fede a pro de' coeredi che potessero invocarla, circa i frutti o gl'interessi che riscossero oltre la parte cui avevano diritto.

Siffatta regola è logica, dappoiché reputandosi la divisione non avvenuta nessun di essi reputasi conseguentemente avere avuto qualità per riscuotere esclusivamente una porzione qualsivoglia di godimento; ed essa neppure offre altronde nell'applicazione, come ravviseremo, gl'inconvenienti, onde forse si potrebbe, a primo aspetto, crederla suscettiva.

E primamente, avendo ciascuno de' coeredi riscosso i frutti o interessi della porzione ereditaria, cui aveva diritto, ad evidenza non vasi incontro a veruna pratica difficoltà nel sostenere ciascun di essi dover porre in collazione; avvegnachè è manifesto che la collazione medesima potrà farsi e verrà anche sicuramente fatta (come avviene sempre in si-

mil caso) col prendere tanto di meno: in vero a quale oggetto ciascuno de' coeredi conferirebbe un valore, che ciascuno di essi avrebbe diritto di riprendere nel medesimo istante, dopo averlo conferito? val dire, in ultima analisi, farsi sino alla debita concorrenza, una compensazione de' rispettivi godimenti.

Ma, quante volte uno de' coeredi avesse per contrario riscosso frutti o interessi eccedenti la porzione che dovrebbe spettargliene, sarebbe mestieri distinguere:

Se fosse di mala fede, dovrebbe restituire tale eccedenza a computare dal giorno in cui la divisione, attualmente rescissa, venne fatta;

Se fosse di buona fede, dovrebbe restituire i frutti dal giorno in cui conobbe i vizi della divisione rescissa (arg. dagli art. 438, 549, 550 — 444, 474, 475; decis. C. di Nîmes 2 ag. 1827, Richard, D., *Rac. alfab.* (nuova ediz.) v. *Successione*, n. 2354).

Consequentemente:

1. La divisione venne forse rescissa per causa di dolo o violenza?

Quelli fra' coeredi che praticarono il dolo o la violenza dovranno restituire ciò che, nei frutti o interessi da essi riscossi dal giorno

della divisione, eccedesse la porzione cui avevano diritto; mentre per contrario quelli fra' coeredi, i quali furono vittime del dolo o della violenza, o i quali, senza esserne vittime, ne furono ignari, dovranno la restituzione di tale eccedenza, se fosse loro favorevole, a computare dal giorno in cui conobbero i vizi della divisione.

2. La divisione venne forse rescissa per causa di lesione?

La restituzione de' frutti o interessi eccedenti la parte di uno de' coeredi si dovrà, sia da' coeredi attori, sia da' coeredi convenuti, dal giorno della domanda di rescissione; dappoichè in generale la buona fede si presume sempre (art. 2268—2174); e particolarmente, in materia di rescissione per causa di lesione, il legislatore presume l'errore e non la mala fede: l'art. 1682—4528 somministra del pari un decisivo argomento in sostegno di questa seconda applicazione della nostra regola (confr. *supra*, n. 467; arresto C. cass. 8 feb. 1830, Magnin - Faysot, Dev., 1830, I, 62; Tonllier, t. II, n. 572; Chabot, art. 887, n. 5; Zachariae, Aubry e Rau, t. V, p. 286; Massé e Vergé, t. II, p. 386; Demante, t. III, n. 239 bis.)

FINE DELL' OTTAVO VOLUME.

■ DEL TRATTATO DELLE SUCCESSIONI.

titolo fosse un modo di trasferir il dominio, questa regola patirebbe eccezione nel contratto di compra e vendita, nel quale in ogni vendita è conseguente non passata in dominio dei compratori, se prima non pagati il prezzo, o non accordati nel contratto una dilazione a pagarlo (§ 41 l.ust. de rer. div., l. 5. § 18 ff. de trib. act., l. 19 et 33. ff. de contrah. empt.).

ff. de sero. rust. praed. l. ult. ff. de servit. j.

Questi erano presso i Romani i modi di dritto naturale e della genti onde acquistare la proprietà delle cose. I modi poi di dritto civile erano altri universali, altri singolari. Cinque erano gli universali, vale a dire 1. *Hereditas adquisita*; 2. *Honorum possessio*; 3. *Adquisitio per obnoxium*; 4. *Adquisitio honorum libertatem servandam*; 5. *Adquisitio per sectionem servandam*, et c. S. C. *Claudianus*. I singolari erano quattro, 1. *Usucapio*; 2. *Donatio*; 3. *Legatum*; 4. *Fideicommissum singulare* (§ 10 et seq. Inst. de rer. div., § ult. cod. per quos person. cuiq. acquir. j.).

ARZONO II.

Sul titolo 4. Delle successioni.

Riflette bene Aulo Gellio, e dopo lui Montesquieu, che le leggi stesse le quali sono state adatte a conformare una nazione al corso della sua potenza, hanno bisogno poco di cambiamento convenientemente al nuovo stato della medesima; né meglio che in materia delle successioni ciò si verifica. Quella generale indefinita libertà di disporre di tutti i suoi beni che per le leggi decemvirali aveva il cittadino di Roma, quel principio di diritto e di dominio quiritario che lo regolava, se giovò nel principio a contenere nel dovere i propri figli, e ad impegnarli alla difesa d'un patrimonio di cui potevano pure abusare, non conveniva più, cresciuta la Repubblica: per cui si ebbe ad emendar il rigor della legge cogli editti dei Pretori ed indi col senatusconsulto: alio a che Giustiniano variando dello scopo delle antiche leggi stabilì per sola base a regolare le successioni legittime l'amore tra congiunti, preferendoli e più prossimi che si presumeva essere stati al defunto più cari mentre era in vita (1). Nel nostro Regno ebbe luogo questo dritto, che venne poi dalla Costituzione di Federico e dalle nostre Consuetudini modificato; e di cui parliamene ci occupiamo.

A.

Dritto Giustiniano riguardo alle successioni.

Secondo il principio della prossimità del sangue e del grado, nella sua celebre Novella 118, tre ordini di eredi legittimi stabilì l'Imperatore: il primo de' figli e degli altri discendenti, il secondo del padre della madre e degli altri ascendenti, il terzo de' fratelli, delle sorelle e degli altri collaterali.

I.

Delle successioni de' figli e degli altri discendenti.

I legislatori di tutti i paesi e di tutti i tempi hanno protetta questa successione che la legge di natura a' uomini votò de' genitori indicava; e Giustiniano aggiunse di preferirli a chiunque altro i figli, o viventi sotto la patria potestà o emancipati, sia di primo grado o ulteriore, nati così de' maschi che de' femmine. Eguagliando i suoi cogli emancipati, rese inutile l'editto pretorio per la possesso de' beni, eò

(1) Vincenzanozzeno, giureconsulto filosofo ed eruditissimo scrittore, dimostra nelle sue osservazioni, lib. 2, cap. 6, che il principio del presunto affetto del defunto dato per fondamento alle successioni intestate non era che una illusione, mentre si era trascurato nella più naturale, più rispettabile e più forte delle affezioni, qual'era la consanguinità. Barbaresco gli risponde nelle note a Puffendorfo; ma i suoi raziocinii stessi mostrano che Giustiniano non fondò il dritto di succedere sull'affetto e volontà del defunto, ma solamente che quest'affetto e desiderio sono bene spesso di accordo colle disposizioni della legge, la quale ebbe in mira l'interesse dello Stato, il bene pubblico, e la conservazione delle famiglie.

DEMOLORE, Vol. VII.

lasciò altro vantaggio alla suavia, se non che i suoi figli pure fossero eredi, mentre gli emancipati dovevano adire l'eredità per trasmetterla. Eguagliando i gradi di ciascun figlio di linea diversa, donde aurse la rappresentazione o la successione in capite ed in stirpe, lasciò nella stessa linea la preferenza ai più prossimi al defunto.

Così per i figli da giunte utero procreati: per gli altri detti naturali, procreati colla concubina, spurii o meglio vulgo questi, da meretricio congiungimento nati, incestuosi da unione vietata per parentela generati, ed adulterini perchè figli di adulterio, variamente dispose Giustiniano. Ammise i figli naturali alla successione della madre tutto che uobile; ma rapporto al padre due once sole decise che gli apparissero divisibili colla concubina, e quando a questi non rimanesse figli o moglie legittimi (Nov. 89 rap. 12 § 4). Potrà però lasciar ai figli naturali col testamento anche tutta l'eredità morendo senza figli legittimi, o morendo con figli legittimi ma orfani sola della eredità poteva loro legare in testamento o donare tra vivi (Isti cap. 12 § 2), e lasciata sempre la legittima ai genitori (Isti, Ivi § 3). Che se fossero preferiti i figli naturali, non si ricordava loro il romano dritto la querela d'infondesto testamento.

Gli spurii e vulgo questi nulla potevano pretendere dalla paterna eredità, mentre la legge li considerava quasi senza padre legittimo, intanto che costoro che lo fosse. Ma certa essendo la madre, egualmente essi le succedevano co' figli legittimi, purché non fosse ella tra le illustri, nel qual caso i legittimi erano preferiti (I. S. Cod. ad S. C. Orphit.).

Pessima era la condizione degli incestuosi ed adulterini, che né col testamento né senza, potevano co' alcuna ricevere dai genitori; anzi Giustiniano proibì pure prestarli o legarsi a costoro gli alimenti, onde colla di loro morte estinta si fosse la memoria di questi nefarii congiungimenti (Novella 74 e ult. 83, e 15 e 80 c. ult.). Ma più umano il pontificio dritto obbligò i genitori agli alimenti (nel sesto cap. 8.), che venne nel loro seguito.

Per que' figli finalmente che nati fossero da matrimonio putativo, fatto cioè in buona fede tra persone colle quali contrarre non si potevano giuste nozze, ordinò la legge 4 C. de incest. et inutil. nupt. doversi deferire la paterna eredità sia col testamento o senza.

II.

Delle successioni de' genitori e degli altri ascendenti.

In mancanza de' figli o discendenti conveniva deferirli l'intera eredità del figlio ai suoi genitori; e senza differenza accordò la Giustiniano, sia che fossero sui iuris, o sotto la paterna potestà; sia nati da maschi o da femmine: sia di primo o di ulteriore grado (Nov. 118, e 2.). Pure se al defunto sopravvivevano gli ascendenti di diversa linea, eran preferiti quelli della linea più prossima; quindi la madre escludeva l'avo paterno, il padre escludeva l'avo materno, ed in tutti i casi e da qualunque lato pervenissero i beni. Questa stessa diversità di linea produceva che l'eredità si di vedea tra gli ascendenti di primo grado in capite ed in linea tra gli ascendenti di grado

ulteriore, vale a dire metà a quelli della linea paterna, metà a quelli della linea materna; eha se in una linea vi fu fossero due, nell'altra uno ascendente, la metà spettava al solo della linea, e l'altra si divideva tra i due dell'altra linea (d. Nov. 118 e. 1.).

Ma se rinunziavano i fratelli e le sorelle uterine congiunti al defunto, ordinò Giustiniano ammetterli alla successione unitamente agli stessi genitori (l. vi e. 2.), ed indi vi ammise i figli di primo grado dei germani, e delle germane (Nov. 127. e. 1.); e succedendo costoro, ne acquistavano la porzione pieno jure, senza compiere agli ascendenti figli fossero alla di loro l'usufrutto, nel caso che i germani ed i di loro potestà sottoposti. Benvero ciò s'intendeva se concorressero coi genitori anche i fratelli; mentre se non sopravvivevano i germani, i figli de' fratelli erano esclusi dagli ascendenti (di Nov. 118. e. 2.; 4.).

III.

Dalla successione de' fratelli della sorelle e degli utri collaterali.

Il doppio vincolo paterno e materno rendeva più cari i germani; quindi Giustiniano li pose nel terzo ordine degli eredi, e volle che fossero preferiti a fratelli e sorelle consanguinei od uterini (Nov. 118 e. 3.); ed ammise la rappresentazione in stirpe de' figli e figlie dei germani, i quali ricevevano la stessa porzione che sarebbe spettata al di loro padre se fosse stato in vita (2). In mancanza de' germani volle che i figli e le figlie di costoro fossero preferiti a quelli congiunti da un solo lato. E così la rappresentazione si estese alla linea obliqua, con questa sola differenza, che nella retta aveva luogo in infinitum, ma nell'obliqua non si estendeva oltre i figli di primo grado de' fratelli e delle sorelle.

In mancanza de' germani e de' loro figli, ammise Giustiniano e i consanguinei e gli uterini senza distinzione di sesso; e dopo di essi i rimanenti congiunti sia per uno, o per doppio lato, ed eguagliata la condizione degli agnati e de' cognati (3) secondo il grado più prossimo, (non valutandosi il doppio vincolo oltre i figli de' fratelli) e senza alcuna distinzione di beni (l. vi, e. 3.).

Che se un solo zio ed un figlio del fratello fossero superstiti al defunto, questo figlio di fratello era il solo erede la esclusione dello zio; mentre sebbene fos-

sero amendue in egual grado, tuttavia il figlio del fratello rappresentando suo padre fratello del defunto era preferito allo zio che non aveva alcun dritto di rappresentazione. (l. vii).

IV.

Della successione del conjuge e del fisco.

Secondo l'antico dritto romano se rimanevano i cognati del defunto, niuna parte conseguiva la superstite moglie sulla di lui eredità, ma in mancanza di essi le accordava il pretore il possesso de' beni, l. vii. ff. unde vir et ux. e l. unic. eod. cod. Ma col dritto giustiniano così nella successione legittima come nella testamentaria la moglie bisognosa venne ammessa cogli stessi figli, secondo il numero e la qualità loro: poichè se quattro o più fossero i figli, la moglie aveva la porzione virile, se tre o meno, aveva la quarta: che se i figli fossero comuni, il solo usufrutto spettava alla superstite, ma se di altro matrimonio, anche la proprietà le apparteneva (Nov. 117 e. 3.).

Ne per domandar questa quarta si richiedeva l'estremo bisogno, prossimo alla mendicizia. Era povera la moglie le di cui fortune non giungevano alla quarta dell'eredità del defunto marito; per cui Giustiniano le diede l'azione al supplemento della quarta se nel testamento se le fosse lasciato meno (Nov. 33 e. 6.).

Ma questa porzione al conjuge dovuta non dee confondersi colla legittima spettante ai figli, mentre quella non può chiederla sotto la qualità di erede, nè per dritto ereditario, ma piuttosto ereditando ex lege di Giustiniano nella detta novella 117 e. 3; la modo che in mancanza di qualche coerde la moglie chiedea non poteva per la di costui porzione il dritto di accrescere in sua.

Se nè i cognati nè la moglie sopravvivevano al defunto, i di lui beni come vacanti erano dal fisco occupati, ma ad esso eran preferiti ed i compagni nelle liberalità imperiali, ed i fratelli d'arme militanti sotto lo stesso standardo se de' beni d'un militare trattavasi (l. i. prime. ff. de success. adie. l. unic. eod. si liberal. imp. soc. sta. hered. decuss. e l. 2. cod. de hered. decur.); e la chiesa ancora era al fisco preferita nella successione del clero, l. 29 C. de episc. et cler. Ma sino a qual grado i congiunti includevano il fisco, o a' erano dal fisco esclusi? Giustiniano stesso diede luogo a questa questione nel § 5 inst. de success. cognat.

(1) Se in mancanza de' fratelli e sorelle vi fossero i figli di costoro, piorgan ad Accursio sostenere la stessa divisione in stirpi, e la divisione in capi fu sostenuta da Azou, come quella che più corrispondeva all'antico dritto, giusta la legge 2 § 2 ff. de suis et legit. hered. Ma di ciò ei occuparono nella Sezione I. del capitolo III.

(2) Ma come si divideva l'eredità, se coi germani concorrevano gli ascendenti di diversa linea, e più di essi nell'una e nell'altra linea? Nel foro concedevansi porzioni eguali ai fratelli, ma nel fissare la loro porzione si numeravano pure le persone degli ascendenti, e fatta prima questa divisione, si lasciava ai germani la virile. Ma questa opinione ripugnava apertamente alle parole di Giustiniano ascendentium et fratrum singuli aequalem portioem accipiant. V. Guarant. J. R. tom. a. tit. 2.

(3) Nel capitolo de la parentela erasi una distinzione essenziale nelle leggi ad anche nella costituzione di Roma. Gli agnati ossia gl'individui della linea maschile furono chiamati secondo la loro prossimità ad una egua' purtipazione, ma la femmina non poteva trasmettere alcuna pretensione

legale, e la legge delle XII tavole diseredava come stranieri ed atterre nati i cognati di tutte le classi senza far neppure eccezione a motivo de' legami e dolci tra madre e figlio. Presso i romani un nome comune, ed i riti domestici univano una gente e un linguaggio i cognomi, o soprannomi di Scipione e di Murellio distinguerono i rami o famiglie subordinate della razza Cornelia e Claudia: in mancanza degli agnati dello stesso soprannome, i congiunti a' quali davasi la più generale denominazione di gentili li rimpiazzavano; e la vigilanza delle leggi conservava ne' individui dello stesso nome la linea perpetua delle cerimonie religiose e delle proprietà. (Un principio di questa natura dettò la legge Voconia pubblicata nell'anno di Roma 354 che tolse alle donne il dritto di ereditare). L'equità del pretore si preferì in mancanza degli agnati il sangue dei cognati al nome dei gentili, il di cui titolo e qualità cadde nell'oblio, e l'umanità del senato stabilì coi decreti di Tertulliano e di Orfio la reciproca successione delle madri e de' figli. (V. Gibbon tom. VIII cap. 44).

Ivi propose l'imperatore la differenza dell'antico diritto tra gli agnati ed i cognati, giudicando che agli agnati si deferiva l'eredità ancorchè fossero nel decimo grado distanti dal defunto, a che ai cognati deferivasi il possesso de' beni dal pretore qualora fossero nel sesto grado di cognazione, e nel settimo grado i figli della cugina. Ora essendosi egualizzati agli agnati ed i cognati nella novella 118, bisognava ammettere i cognati anche al decimo grado distanti, come erano ammessi gli agnati. Pure ciò venne diversamente interpretato, mentre stabilendosi che il decimo grado non determinativamente ma a modo di esempio si fosse dall'imperatore citato, si fece ricorso all'antico diritto dove non grado venne fissato per la successione degli agnati nelle leggi decemvirali, ed in *infinitum* dover essi succedere, disse Ulpiano nella l. 2. § 1. ff. de suis et legiti. hered.

V.

Delle altre disposizioni dell'antico diritto correlativo alla successione.

1. Sulla CAPACITÀ di SUCCEDERE. Secondo il responso di Africano le leggi romane riguardavano la condanna alla pena di morte ed all'interdizione dell'acqua a del fuor come non motivo ad impedire anche il possesso de' beni, l. 13 ff. de bonor. poss.

Erano incapaci di succedere i religiosi, professi siccome morti civilmente, non. 5. cap. 5. e non. 423 cap. 8; i figli de' perdelli, non. 134 cap. ult. eccettuato le femmine alle quali in lasciata salva la porzione legittima su loro materni, l. 5 § 1 e 3 cod. ad l. 1. majest.; gli apostati della religione cristiana cattolica, l. 8. cod. de apostat.; gli eretici della stessa religione, l. 4. e 5. cod. haeret.; i giudei, l. 4. Cod. de judaeis; gli stranieri che in alcun caso potevano succedere all'eredità di un cittadino, l. 1. cod. e l. 6 § 2 ff. de haered. institut.; e tutti i collegii e corporazioni non approvate, l. 8 e 42 cod. de haered. institut.

Per esser capace di succedere bisognava che si fosse nato vitale. Chiara n'era la disposizione della legge *septimo mense ff. de statu hominum*, che sulla dottrina d'Ippocrate stabilì *septimo mense natum justum situm esse*, non che della l. 3 ff. de suis et legitimi. haered. che ripeté di giusto tempo il parto nato di 182 giorni, ed escluse quello nato dopo dieci mesi (a). Ma che era sia del tempo, l'importanza era che fosse nato vivo, ed ancorchè nato dopo il parto cesario *fracta ventre editus*, l. 42 ff. de liber. et posthum. haered. institut.; l. 6 ff. de inoff. test. e l. 432 e 433 ff. de verb. signif.

2. Sulla INFANTIA. Molta ed indefinita, giusta l'espressione di Domat, erano le cause che secondo il diritto romano rendevano indegno a succedere anche la persona capace: e della qualità de' fatti e delle circostanze dipendeva la cognizione di ciò che poteva o no bastare a tale oggetto: non noteremo quelle espressamente indicate dalle leggi.

Quali uomo che ammazza un altro o attentava alla di lui vita era indegno di succedergli, come pure se a questo oggetto gli cagionava la morte uccidendogli i necessari o uccidendo o trascurando quelli che potea dargli, o rapendo che altri volesse ammazzarlo o avvelenarlo avesse mancato di svelarlo l. 5 ff. de his quae ut indiguit.

a) Ma niuna legge proibiva di riconoscere il figlio nato nell'ottavo mese; e nella giurisprudenza si adottò una per ogni dove che si andavano l'ottavo mese, essendo egualmente lontani dal termine ordinario a nascere delle nascite. Il fanciullo nato nell'undecimo dovette esser dichiarato legittimo e succedibile,

Eguale se offendeva nell'onore colui al quale doveva succedere o avanzando contro di lui un' accusa giudiziale o prendendo parte ad un' accusa intentata da lui l. 1. penult. ff. de adm. et trans. legat., o muovendo contro il defunto una questione di stato, o scrivendo contro di lui un libello famoso, o facendogli qualunque altra grave incriminazione l. 2 § ult. ff. de his quae ut indiguit.

De' parti se fosse suppelcizia inimicitia capitale ed atroce senza che ne seguisse la riconciliazione tra il testatore e l'erede, n'era costui riputato indegno l. 5 in fin. ff. de adm. vel trans. leg.

Lo era pure se trascurava di spiegare gli anteri della morte del defunto, purché non fosse scusato dall'età o da qualche altra causa, l. 17 ff. de his quae ut indiguit, e 6 Cod. cod.

Se denunciava falso il testamento in cui era stata beneficiato o promossa era contro di esso la querela d'infedeltà, o domandava il possesso de' beni contra tabulas, qualora null'avesse in questi casi ritenuto, l. 2. § 5 e 6 Cod. de his quae ut indiguit, l. 46 ff. de bon. poss. contr. tab.

Quelli che prima delle note di colui al quale doveva succedere e senza di lui consenso avesse disposizione di porzione de' beni dell'eredità, l. 29 e 30 ff. de donat. e l. 1 in fin. ff. de his quae ut indiguit; o prima di accettarla ne avesse qualche cosa sottratta, l. 6 cod.

Quelli che avesse impedito al defunto di testare, l. 1 § 1 et 2, et l. 2 ff. si quis testat. prohibet., o che sostituito erede con un testamento avesse con violenza o altro mezzo illecito impedito di sostituirlo, l. 1 ff. cod.; e molto più se con questi mezzi l'avesse o suo lavoro torto, l. 1. Cod. cod.

E quelli cui indirettamente fosse stata lasciata qualche cosa nel testamento, allorché d'altronde era incapace di succedere, qualora ciò fosse manifestamente fatto dal testatore, l. 10, 11, 23 et ult. ff. de his quae ut indiguit, l. 103 ff. de legat. 1, et l. 3 ff. de jur. facti.

3. Sulla COLLAZIONE. Quando il pretore coll' editto *unde liberi* chiamò i figli emancipati alla successione de' loro padri ed altri ascendenti paterni dalla quale erano esclusi, ed accordò loro il possesso de' beni contra tabulas se n'erano preteriti, ordinò nel tempo stesso che dovessero conferire in favore degli altri fratelli rimasti sotto la paternità, tanto i beni che l'ascendente aveva lor dati, quanto quelli che avevano da loro medesimi acquistati dopo l'emancipazione (a).

a) Ciò era stabilito onde non si fosse fatta ingiuria ai figli suoi e quali acquistavano tutto per l'ascendente nella di cui potestà erano rimasti l. 1 § 2 de collat., l. 20 ff. de bonor. poss. contr. tab. e l. 9. Cod. de Collat. Quindi non si conferivano i beni *castranea*, che i figli suoi acquistavano pure per se, l. 1. § 13. ff. de collat.

Le figlie di famiglia a principio non conferivano la dote ricevuta: ma siccome questa era un'ingiuria che si facea ai suoi, così tal collazione venne ordinata dall'imperatore Pio nella l. 4 ff. de dot. collat., e l'imperatore Leone volle pure si conferissero le donazioni *propter nuptias*, onde serbarsi in tutto l'eguaglianza, l. 29 Cod. de inoff. test. et l. 47 Cod. de collat.; ed in seguito stabilissi che tutti l'ascendenti che succedevano ad intestato fossero obbligati alla

come quegli ch'era nato nel settimo (V. Chabot de l'Allier esp. de motifs.)

(b) Lo era pure si avesse imputata la madre di colui al quale era sostituito di aver supplinato il parto l. 26 princ. ff. cod.

collazione, che Giustiniano estese anche al caso della successione testamentaria colla novella 18 c. 6, eccetto soltanto i porcelli profittuosi, l. ult. Cod. de collat.; e le cose donate, qualora il donante non avesse disprezzato il donatario erede, detta nov. 43 cap. 6 in fin. salvi sempre i prelati fatti dal testatore, onde la di lui volontà avesse effetto, l. 8. e 43. ff. fam. ercis. s. l. 7. Cod. de collat. (1).

Se il figlio succedeva al donante per ragione propria non era obbligato a conferire le cose donate al di lui padre, anzichè ne avesse accettata l'eredità; diversamente se succedeva rappresentando il padre donatario, l. 49 Cod. de coll.

4. Sulla divisione. Dalle leggi delle 12 tav. discendeva l'azione *familia ercisundae*, mediante la quale i coeredi potevano sciogliere la comunione e dividere l'eredità; e se dopo questo giudizio rimase qualche cosa in comune, avea luogo l'azione comune *dividundo*; ma la pretore assegnava un giudice avanti al quale si dovesse promuovere il giudizio tra coeredi non che qualunque altro questione relativa alla eredità, il quale procedeva *ex iure* al bene l. 1. §. 2 e 26 ff. fam. ercis. Queste azioni erano miste cioè reali e personali, quindi prescrittibili in 30 anni l. 7. Cod. de pet. haered., §. 3. Cod. de praescr. 30 ann., l. ult. Cod. fin. regund. s. 3 e 4 Cod. in quib. causa cess. long. temp. praes. Ma se per dieci anni i coeredi avessero separatamente posseduto, e specialmente se non si fossero mai resi i conti fra loro della rispettiva amministrazione, si esentava la divisione, salvo la prova in contrario, arg. l. pen. Cod. com. div., l. 3, §. 42 e 26 ff. de prob. s. l. 40 Cod. eod.

Né i pupilli né i minori né gli interdetti, né i loro tutori e curatori potevano promuovere una divisione di eredità senza decreto del Magistrato, l. pen. Cod. de praed. et al. rub. min., l. 1. §. 7. sor. qui sub tut.; né il marito quella de' beni dotali della moglie, l. 43 §. 2 ff. de eust. per. et l. ult. Cod. de fund. dot.

Il giudice dovea per quanto era possibile assegnare in natura a ciascun erede la sua porzione de' beni immobili che non potevano commodamente dividersi, il giudice stesso poteva assicurarli al coerede, obbligandolo a pagare una somma proporzionata agli altri, assegnare ad uno l'usufrutto od altri la proprietà, o anche far vendere all'asta pubblica, e distribuire il prezzo ai coeredi, in proporzione della loro rispettiva rata (V. le leggi ora cit. o la legge 6 §. 1. ff. de usufr.

Junque fosse la fertilità de' genitori, lasciato ad arbitrio de' fratelli il dotare, o senza dote collocarli in matrimonio. Anzi, « se anche vi fossero figli maschi, neppure a tutta l'eredità succedevano le femine, mentre se una sola figlia fosse superstita, si volle che succedessero con essa ed i cognati, ed i figli naturali, e davasi il solo trionfo alla figlia legittima, a' resto ai naturali ed ai cognati: indifferenza dei cognati sino al settimo grado un trionfo davasi ai figli naturali, ed un trionfo al fisco. (L. Longob. tit. 46. l. 6.)

Ma fu derogato da Luitprando a questa rigida legge di Rotari, stabilendosi tutta l'eredità spettare alla figlia legittima in mancanza de' figli maschi (l. 49. eod.) Egli pure alla paterna successione ammise le femine, sia che fossero già maritate, o ancora vergini in *capillis* (l. 20. eod.), però dovendo rinnettere in collazione la dote *yardegum* se mai l'avessero ricevuta (l. 45 eod.). Ma non osservossi ciò dai militi dai Conti e da' Baroni, i quali vindicando l'antico diritto agnatizio toglievano alle figlie la paterna eredità, e costituivano loro quelle dote che meglio ad essi piaceva.

Questa è quella prava consuetudine alla quale si oppose Federico nella sua Costituzione. In *afiquibus de success. filior. emit. at baron.* Ordinò dunque con essa che alla morte del padre succedessero tanto i figli che le figlie, maggiori o minori, senza differenza del sesso: ad essendovi i maschi una colla figlie femine o colle sorelle del padre, di qualunque condizione egli fosse, o Fruca o Longobardo, o milite o pagano, dovessero i maschi esser preferiti alle femine; ma coll'obbligo ai fratelli o nipoti di maritar le sorelle e le zie *pro modo facultatum avarum at filiorum superstitum numero secundum paragium*. (2).

Paragio o paratico presso gli scrittori di quegli tempi indiva l'eguaglianza del genere e della nobiltà; donde le voci *imparagare* e *disparagare* per ispiegare l'eguale o minor dignità con cui si collocavano le donne in matrimonio. Quando dunque disse Federico di alloggiarsi *secundum paragium* intese unicamente che si fossero contratte nozze che all'onore loro estrazione corrispondessero. Propriamente dunque il paragio non era la dote, ma la condizione decorosa nella quale dovea la donzella maritarsi, e per conseguenza il bisogno di darsela una dote corrispondente.

Ma per stabilirla, si considerava non la sola nobiltà, ma la forza del patrimonio e l'umero de' figli; ed in ciò bisognava riportarsi al prudente arbitrio del giudice (3), se dar si doveva dal fratello la dote, mentre se la figlia collocavasi dal padre, non vi era luogo a disputa sul paterno giudizio, che in caso di enormissima lesione.

Aggiunse Federico in questa costituzione, che essendo solo le femine superstiti, dovessero esse sole succedere ad esclusione degli altri consanguinei; e se vi fossero figli minori di conti baroni o militi, riserbò a se il balato, sino all'età di quindici anni, onde poi maritarli coi beni paterni secondo il paragio.

Né solo dai fratelli escluse ai vollero le sorelle, ma dai nepoti uscì da maschi si acclusero le zie dell'eredità dell'avo. Sol d'infamia se al paride il nipote, le nipote uscì da maschio escluse le zie; e fu diversa l'o-

(1) La dispensa dalla collazione poteva esprimersi col' *figli equales* che colle parole, l. 32 (1 ff. de legibus, l. 5 ff. rem. rat. hab., l. 1. §. 4. ff. quod iusv.

(2) L'obbligo di maritar le zie nasceva dal possesso de' beni conseguito dal nipote appartenenti ai di loro genitori, mentre esse avevano l'azione per essere dotate sopra i beni del loro padre e della loro madre.

(3) Generalmente il paragio non era minore della legittima, ma per la figlia de' ricchi magnati non occorreva *arbari questa regola*. Il nostro S. R. C. opinava per le dote consimili agli altri magnati, ed anche le produceva sino alla porzione virile quando v'era bisogno. Non mai però fu dato paragio oltre la virile, non dovendo le femine esser di miglior condizione de' maschi.

pinione dei nostri Giureconsulti, molti la nipote favorevole, alcuni la zia. Ma pare meritevole quest'ultima il favore della giustizia, mentre dovendosi ricorrere nel dubbio al diritto comune, tanto secondo la novella 118 c. 1 quanto secondo la legge 26 longobarda, la nipote e la zia egualmente concorrono all'eredità dell'avo. Nulla prescrive Federico sulla materna eredità, ma tanto per diritto longobardo quanto per le decisioni del nostro S. R. C. la stessa disposizione ebbe luogo (1).

SEZIONE III.

Della legittima successione secondo la consuetudine Napolitana.

In più cose venne il diritto giustiniano derogato dalle nostre consuetudini, le quali non ebbero per loro il vincolo del sangue, fondamento dell'ultimo diritto civile, ma il comodo piuttosto delle particolari famiglie; acciò i beni degli avi si conservassero nelle proprie e non passassero per mezzo della donna nelle altrui famiglie.

La prima consuetudine *de success. ab intest.* desunta sia dalle leggi Ateniesi recate in Cuma, sia dal diritto Longobardo, prescriveva che ai parenti figli e figlie, uspo ed altri tutti fossero i maschi preferiti alle femine generalmente in tutti i beni del defunto, ma col'obbligo di collocare *secundum parangium* (2); ma le nipoti non erano escluse che dai nipoti nati da maschio, e le nipoti *ex filio* rappresentando il padre escludevano la zia. L'uso del foro introdusse che non solo il germano escludeva la germana, ma pure il consanguineo la consanguinea; il che non si escludeva agli uterini nel caso che da un matrimonio i maschi, da un altro le femine alla madre sopravvissessero; che se dall'uno e l'altro matrimonio e maschi e femine fossero dalla madre generati, in tal caso tutti i figli generalmente senza differenzia di sesso si ammettevano in *capite*; però le femine formavano parte, ma non la ricevevano, perchè si aggiungeva al loro fratelli germani (*consuet. 2 de mul. habent. fil. qual. test.*) A questo diritto successorio de' maschi rimaneva quello di vendicare la morte del defunto, e di godere del patronato ereditario.

La consuetudine *2 de success. ab intest.* punisce la negligenza de' fratelli e de' loro figli nel non dotare di paraggio le di loro zie e sorelle, riguardandole come *masculatae*; vocabolo introdotto dai prammatici per indicare il diritto acquistato alla donna di essere an-

nessa alla porzione virile, se interpellato il fratello a i di lui figli, non avesse ricevuta la dote. Ma per ciò ottenere bisognava e che la donna avesse passato l'anno sedicesimo di sua età, e che il fratello o di lui figli fossero stati in tempo e luogo opportuno interpellati dal giudice. Poteva essa interpellare pure il padre, ma non perciò, se questo era in mora, arrestata la masculazione, mentre la consuetudine parla de' successori.

Nella successione de' figli, nulla stabilirono le consuetudini diversamente dall'ultimo diritto civile rapporto al padre ed alla madre; ma non così rapporto agli altri ascendenti, per quali adottossi la regola *paternum paternum, maternum maternum*, e senza alcuna prerogativa di grado (*consue. 3 de success. ab intest.*) Quindi nella Città di Napoli e suo territorio il proavo materno si preferiva all'avo paterno, al quale spettava però la legittima sui materni beni se il defunto era allora sotto la sua potestà (*consuet. univ. da filitane. volent. test.* Per interpretazione di questa consuetudine s'introdusse ancora che i fratelli uterini o consanguinei concorressero cogli stessi genitori secondo la diversità de' beni, cioè l'uterino in concorso col padre ne' beni materni, tutto che diversamente si fosse stabilito nella novella 118 c. 2 e nov. 127 c. 1. così pure gli altri ascendenti oltre il padre e la madre venivano esclusi dai fratelli uterini e consanguinei, secondo l'origine de' beni; per cui l'avo materno era escluso dal fratello consanguineo ne' beni paterni, e nel materni la sorella uterina escludeva l'ava paterna.

Ma ciò produceva bene spesso che le più nobili famiglie perdessero i beni de' loro avi, per cui scemate le ricchezze, diminuivasi il loro lustro e decoro. Ciò sembrò incomoda ed indegna cosa ai patriarchi de' Sedili di Nilo e Capuana, per cui risolvettero che nel matrimonio delle loro figlie si sarebbe apposto il patto di non potere i genitori alcuna cosa lucrare dalla eredità dei figli che ad essi preterissero, e quindi ai beni paterni riunissero la madre, ed ai beni materni il padre; e come ciò parve opportuno rimedio per conservare i beni nelle rispettive famiglie, non solo gli altri patrini e nobili, ma gli stessi individui del popolo così nella Capitale che nelle province s'introdussero; ed acciò non si fosse sulla giustizia di questo patto più oltre questionato, tra le grazie concesse alla Città da Ferdinando il Cattolico nel 1505, se ne ottenne l'approvazione a conferma (3). Chiamossi dunque patto di Capuana e Nila dai primi loro autori, e più volgarmente alla nuova

(1) Per la colla materna eredità, non il fratello germano, bensì l'uterino concorreva coll'uterina, dove pure preferirsi il fratello alla sorella? Nulla su di ciò avendo disposto Federico, bisognava ricorrere al diritto comune, e questo accordava egual parte all'uno ed all'altra. (Nov. 118 c. 1 v. de Franchis dec. 20.)

(2) L'uso del foro introdusse darsi il paraggio non alle sole donne che andavano a marito ma pure a quelle che si monacavano; il che dicevasi *parangium* ingressarium. E qui, per le questioni de' prammatici sulla differenza di tal paraggio nel caso che vivente il padre, o dopo questa morte, pronunciava i suoi voti la dantezza, veggasi Guaranio l. cit. tit. VIII.

(3) L'uso di Capuana e Nila stipulato nella tavole nuziali del 1795 tra i coniugi D. Ferdinando Folgori marchese di Ducenta e D. Marianna Pignatelli dei principi di Montedroni, per la morte del primo avvenuta nel 1816, della seconda nel 1812, e dell'unico di loro figlio D. Salvatore nel 1822 in minorannità, diede occasione alla nostra suprema C. di giustizia di spiegare la antica teoria su questo patto, e coordinarla coll'attuale diritto successorio, colla decisione

del 14 giugno 1826 resa in questa causa per tutti i titoli celeberrima. Noi ne rispiegheremo la più importante occorrenza nel rapporto del poscuggia dall'antico al novello ordine di succedere.

Stabilì in principio la Carta suprema che l'uso di Capuana e Nila non altro introdusse che la rinuncia de' parenti del tutto abdicativa ed estintiva, rifiutando la cessione in beneficio di quei chiamati dalle consuetudini a qualsivelsi per cui i genitori non si riputavano in medio nelle intestate successioni de' loro figli, e quindi la forza di tal patto eraiva colla preminenza de' genitori rinuncianti; ne dedusse:

1. Che i principii regolatori della rinuncia differendo da quelli della ricezione, il patto di Capuana e Nila escludeva l'idea di un patto di ritorno nella successione ai beni de' figli, resa anche vano per la preminenza de' genitori.

2. Che dagli esposti caratteri di tal uso non possa dubitarsi appartenere alla classe de' patti successori.

Ciò ritenuto, esaminò la Corte Suprema, se dalla sua stipulazione derivi o non diritto acquisto; e ricordando le massime che ogni diritto è modo di suc-

maniera, e da esso avveniva che morto il padre, e quindi anche i figli prima della madre, non era esclusa dalla successione de' beni paterni de' figli, che defervano al più prossimo congiunto paterno, senza neppure diminuzione di legittimità; e vi individualmente se al padre superstita fossero morti i figli dopo la madre, i beni dotali e gli altri materni beni al padre non appartenevano, ma passavano al più prossimo congiunto materno, anche senza diminuzione di legittimità. Ma per altro non pregiudizio recavasi con questo patto alla madre la quale poteva disporre della dote e degli altri suoi beni a suo piacere, nelle province secondo il romano dritto, e nella Capitale e suo territorio secondo la consuetudine 1. de mul. hab. fil. qual. test.

Se però contravasi il matrimonio morte Magnatum Procerum et Baronum Regni viventium iure francorum, che volgarmente dicevasi alla vecchia maniera, tutto l'opposto avveniva, poichè morto la madre se fossero pure morti poscia i figli o in puerile età o adulti senza testamento, tutti i beni materni de' figli, colla stessa dote si acquistava dal padre; siccome viceevolmente si acquistavano dalla madre i beni tutti paterni de' figli morti dopo del di loro padre intestati. Ma ciò concordando col dritto civile, nel dubbio si presumeva di essersi contratte le nozze uniformemente al dritto civile suddetto.

Nella successione de' collaterali molto diversificò dal dritto giustiniano la consuetudine 3 de success. nò intest. che al padre di famiglia morto senza figli volle preferirsi i più prossimi al padre in tutti i beni sia dai maggiori derivati, sia dallo stesso defunto acquistati, ed i più prossimi alla madre ne' beni che da essa, o dal lato materno fossero al defunto pervenuti. Quindi triplice patrimonio distinguesi in morte d'un individuo: i beni cioè di paterno genere i beni acquistati dal defunto senza riguardo alla cognazione, ed i beni materni e del lato materno. nel primo e nel secondo genere di beni preferivan i più prossimi per parte del padre; nel terzo i più prossimi per parte della madre. Trattandosi quindi di beni antichi al dir de' Frammatisti, perchè uno avesse escluso dal paterni e materni beni i congiunti del defunto, era necessario che fosse a costui congiunto per quella linea per la quale pervennero i beni, o che in questa linea fusse egli il più prossimo; perciò se si trattasse de' beni materni ed al defunto fosse superstita il cugino ed il fratello uterino, questi avrebbe escluso quello per dritto di prossimità (1). Ed in questa previsione di beni aveva riguardo alla origine prossima non alla remota, per cui se una donna cui era superstita il zio e 'l fratello uterino possedendo solo i beni della linea paterna avesse costituito la dote alla sua figlia e questa morta fosse senza prole, succedeva nella dote data dalla madre il fratello uterino e non lo zio,

perchè da riferirsi ai beni materni, come quella che dalla madre pervenne alla figlia; così pure se alla madre si deferiva la luttuosa eredità del figlio consistente ne' beni solo paterni, questi beni in morte della madre consideravansi materni, e si succedevano non gli ascendenti prossimi del figlio premorto, ma i più prossimi della materna cognazione.

Altre due Consuetudini avevano sulla successione legittima, la 6 e 7 de success. nò intest. Nella prima si estendeva il dritto di rappresentazione non solo ai figli de' fratelli, ma pure ai nipoti e prosipiti ex. così maschi che femmine; e si ordinava escludersi le femmine se con esse concorrevano i fratelli consanguinei anche nella successione collaterale. Nella seconda che non fu scritta in principio, ma venne aggiunta nella collezione fattaper ordine di Carlo II, spiegandosi l'antecedente consuetudine, si prescriveva estendersi il dritto di subingresso, ossia di rappresentazione, agli agnati o cognati di grado ulteriore, e si vietò di comprendere la sorella nell'espressione di fratello usata dalla suddetta antecedente consuetudine.

Per la successione de' Chierici, lungamente si quistionò se la di loro successione fosse alle napoletane consuetudini soggetta, sino a che venne sovraneamente deciso dal defunto Re Ferdinando, esser essi al pari degli altri cittadini alle consuetudini sottoposti e coller. de' disporci tit. 64 n. 9). Ma la controversia fu maggiore per' monaci, per aver Giustiniano nella novella 5 cap. 3 ordinato appartenere ai monasteri i beni del monaco che prima di esser tale non si avesse disposto; e nel caso avesse de' figli, gli conceder Giustiniano la facoltà di dividerli tra essi prima di entrare in monistero, al quale spettasse solo la porzione virile calcolandosi il padre nel numero de' figli: che se tal divisione non si fosse fatta, la sola legittima spettava ai figli ed il resto al monastero. Ma l'uso prevalse tra noi a favor delle rinunzie de' monaci e monacho prima de' voti, rilasciandosi al monistero quel che ai fosse da essi acquistato dopo la professione. Ma si quistionava se potevan essere ammesse alle altrui eredità in mancanza de' più prossimi congiunti (V. de Francis dec. 40); alio a che per le leggi dell'ammortizzazione venne proibito qualunque acquisto ai luoghi più ecclesiastici. Attualmente su tal quistione veggasi quel che abbiamo detto su i Religiosi azzolanziani Tom. 1. pag. 89.

Finalmente, rapporto ai figli naturali per che si possa sostenere, che che ne dicesse Napodano alle consuetudini de success. nò intest. n. 163, escludersi dalle napoletane consuetudini totalmente i figli naturali dalla successione paterna non meno che materna; per le parole della consuetudine 5 Si quis vel si qua nò intestato decesserint, filius seu liberia legitimus non existens, proximiores ex parte patris succedunt.

edera era regolato dalla legge in vigore all'epoca dell'aperta successione, e che divenne perfetto al momento in cui essa si aprì, ed ove la legge regolatrice di questo stato in armonia con quelle che lo vidio nascere, diceva:

1. Che nell'epoca in cui si aprì la successione di cui si tratta, la legge non riconosceva più origine, distinzione di beni e privilegi di persona e di linea.

2. Che perciò il dritto in esame, comunque sul nascere ebbe consistenza, ritrovò tuttalvolta nel consumarsi la consistenza delle nuove leggi successorie, e

del consumamento delle cose e delle persone, per cui rimase di non vigore.

Quindi dichiarando che i motivi di annullamento sul merito non trovavano appoggio nella massima più sante della legge, ne rigetto i ricorsi.

(1) L'espressione di più prossimi fu dai prommatisti sostituita a quella di agnazione, perchè non solo gli agnati ed i derivanti da maschi, ma pure i cognati consanguinei per mezzo di femmine agnate s'intendevano chiamati a succedere (V. Guarani l. cit. tit. 7.)

CAPITOLO SECONDO.

DELLA DIFFERENZA E DELLE NUOVE DISPOSIZIONI LEGISLATIVE TRA IL CODICE FRANCESE E LA NOSTRA LEGGI CIVILI, E DELLE NUOVE DISPOSIZIONI LEGISLATIVE

SEZIONE I.

Sulle disposizioni generali.

§ 1.

Differenza.

Ben poche diversità abbiamo a notare tra gli articoli del codice civile quelle delle nostre leggi sopra queste disposizioni generali.

La prima s' incontra nel nostro art. 632 in cui invece di leggerli, come nel corrispondente 741 del Codice: « la proprietà dei beni si acquista o si trasmette etc: ai legge, al acquisto o si trasmette. Apparentemente tale diversità non è che un errore tipografico.

La seconda consiste nella soppressione dell' art. 713 dell' codice francese, dappoiché esso con più concisione e miglior chiarezza era una ripetizione dell' art. 539 dello stesso codice ritenuto nelle nostre leggi col n. 464.

Da ultimo leggono alla fine del nostro art. 636 le parole: « ai termini dell' art. 1086 » le quali non erano nel corrispondente articolo 716 del codice francese siffatta aggiunta trovava il suo luogo naturale alla fine del primo comma dell' articolo, a forse leggesi in fine di esso per errore tipografico.

§ II.

Nuova disposizioni.

I.

Della Caccia.

Senza rammentare le disposizioni date nel decennio sulla caccia, noteremo quelle emanate dopo l' epoca della restaurazione.

Col decreto del 31 ottobre 1815 venne ordinato che niuno potesse andare a caccia senz' essere munito della licenza corrispondente dell' Amministrazione generale delle acque e foreste, cui fu attribuita la direzione della caccia, e la facoltà di spedire le licenze ed introitare i dritti.

Si pubblicarono per l' esecuzione di tal decreto le istruzioni del 19 dicembre del detto anno. Altre providenze su questa materia emanò il decreto del 26 marzo 1816, le quali tutte vennero riunite nella legge sull' amministrazione delle acque e foreste e del pubblico demanio del 18 ottobre 1819 (1).

La caccia dichiarata proprietà dello Stato non può esercitarsi senza licenza, la quale nella provincia di Napoli o nella valle di Palermo vien direttamente rilasciata dalle rispettive direzioni generali del pubblico

demanio, e nelle altre provincie e valli degli insubriti e dai sottointendenti (art. 138 legge cit.).

Ogni licenza munita della firma del direttore e del segretario generale, non che del suggello dell' Amministrazione, dee contenere due clausole: 1. di non valere pe' luoghi riservati alle cacce reali: 2. di non potersi far uso senza il consenso del padrone ne' fondi chiusi da mura fabbricate o da mura a secca, da siepi, da fossate o da riparo di terra che giunga a palmi cinque (art. 131): e qualunque sia il mese in cui è spedita, finisce coll' anno civile (art. 132).

Per ottenerla la licenza di caccia collo schioppo si è bisogno del permesso della polizia generale per l' asportazione delle armi; a meno che quel tale non sia utilmente brevettato o che appartenga alla linea, ovvero alle milizie provinciali (art. 134 e 136).

Chiunque siasi provveduto della licenza di caccia può far uso di zimbelli e richiami; chi l' ha presa per cacciar con lo schioppo, può far uso del fucile; e se per le parate o l'uccisione e con le panizze l' abbia presa, può usare tutti gli altri ordigni, ad eccezione dello schioppo e delle rusce ossia sciappari, senza pagare altro dritto.

È vietato a chiunque di prendere o di uccidere i colombi altrui, sieno domestici siano torraioli; purché non li ritrovi nel fondo di cui egli sia proprietario, colono o fittajuolo (articolo 173).

È vietato in qualunque tempo e luogo l' uso delle tagliuole e de' lacci che sogliono adoprarsi per prendere le lepri, sturne, pernici, beccacce e fagiani. Delle tagliuole si può solo far uso contro i lupi (2), le volpi, ed altri animali di rapina; e dei lacciuoli, per prender solo i tordi, i merli ed altri uccelletti, qualora si abbia la licenza di caccia (art. 174 e 175).

È proibito similmente di prender ne' nidi le uova delle quaglie, sturne, pernici, francolini e fagiani, a ne' covili i leproncelli, caprioletti, cervietti a picciotti daini (art. 176).

Finalmente è proibito l' esercizio della caccia di qualunque specie dal primo di aprile a tutto agosto; e nelle vigne ancorché non chiuse, dal primo settembre sino a che si sarà vendemmiato, eccetto che se abbia acconsentito il padrone. Ma in questa proibizione non è compresa la caccia delle quaglie nei mesi di aprile o maggio, né quella degli uccelli di transito ne' mesi di giugno e luglio, purché si faccia sulle spiagge del mare o ne' terreni incolti, o non si passi pe' fondi seminati ancorché aperti (art. 177, 178 e 179); ed è permessa anche nei mesi proibiti la caccia degli orsi, de' lupi e delle volpi, quando i cacciatori siano muniti della licenza.

Riguardo alle pene pe' reati di caccia, o sino all' emanazione della nuova legge promessa da quella del 24 agosto 1826, e del decreto del 26 marzo 1827, si debbono osservare le seguenti disposizioni della legge forestale del 19 ottobre 1819:

1. Che chiunque andrà a caccia in qualunque tempo e luogo senz' esser munito della propria licenza di caccia, oltre la perdita dello schioppo, e degli ordigni sarà condannato all' ammenda non maggiore di ducati 80, ed alla rifusione de' danni ed interessi, se vi ha luogo, salvo le pene contenute nella leggi penali contro gli asportatori d' armi senza permesso (art. 222).

per una lupa gravida	8, 00
per una lupa	6, 00
per un lupo	5, 00
per un lupoicino	3, 00
per un lupoletto preso nel covile	1, 00

De' quali premi possono godere la guardia ancora dell' Amministrazione (ibid. art. 181).

(1) Con decreto della stessa data, abolita l' Amministrazione generale delle acque e foreste, venne creata invece l' Amministrazione del demanio pubblico incaricata dell' intero demanio dello Stato, della foresta, della caccia e della pesca etc.

(2) Anzi agli uccisori de' lupi si accordano i premi seguenti:

2. Che incorrerà nell'amenda non maggior di decati 10, oltre la perdita delle armi e degli ordigni, il cacciatore che munito di licenza esercitasse la caccia nei mesi e luoghi proibiti, e di sopra mentovati (art. 223).

3. Che soggiacerà all'amenda non maggiore di decati 10, chi manito della licenza facesse uso di schioppi proibiti (1) senza pregiudizio della altre pene prescritte dalle leggi penali (art. 224).

4. E che sarà punito con un'amenda non maggiore di decati 10, e colla detenzione non maggiore di quindici giorni, chiunque facesse uso di tagliole o lacci vietati, o prendesse nei nidi le uova delle quaglie, sturne, pernici, francolini e fagiani, e nei corli, lepromelli, capriolelli, cervioli, e piccioli daini. (art. 225).

5. Generalmente in fine si prescrive per tutti questi reati forestali: 1. che la metà del prezzo degli oggetti confiscati, venuti o pagati da contravventori sarà distribuito ai capienti; o che dell'altra metà egualmente che delle ammende che si ritraggono dalle condanne, se ne dà porrà ai termini dell'art. 35 delle leggi penali (3/ art. 194.) 2. che l'amenda può esser data come pena principale, quando il danno non ecceda carlini 30, e rioroccano circostanze attenuanti (art. 196/3 che quando le trasgressioni alle leggi e regolamenti sui boschi sulla pesca o sulla caccia siano accompagnate da violenze pubbliche, incendi o altre circostanze prevedute nelle leggi penali, la pena ivi prescritta s'ordinerà ogni altra, ma non potrà essere applicata al minimo del grado: se poi risulta una pena correzionale, o di polizia, allora saranno applicate le pene particolarmente stabilite dalla presente legge, come eccezioni, giuda l'art. 470 di dette leggi penali (art. 185).

6. Che le ammende potranno esser doppie, se il reato sia stato commesso in tempo di notte (art. 187).

7. Che contro i reiteratori (4) ed i recidivi (5) di reati relativi a' boschi, alla caccia ed alla pesca si osservano le disposizioni delle leggi penali (art. 188).

(1) Gli schioppi di cui possono far uso coloro che hanno ottenuta la licenza di caccia non debbono essere né a vento, né con calcio che si pieghi conosciuto sotto il nome di seavessi; né con canna lunga meno di tre palmi: ogni dimensione più breve, ed ogni meccanismo tendente ad arcocciare l'arma o a renderne inscalfibile lo schioppo restano espressamente vietati, (art. 167 della detta legge.)

(2) Quale sarà l'amenda minore in questi quattro casi? L'amenda di cui parla la presente legge pare che non sia quella di polizia la quale non può esser mai maggiore di carlini 29, ma la correzionale: or il minimo di essa nella città di Napoli e Palermo è di decati 6, per tutti gli altri luoghi è di decati tre, quando poi al reato s'impone in termini generali l'amenda correzionale, essa non può esser maggiore di decati 100. (V. l'art. 30 delle LL. pen.)

(3) L'art. 35 citato dispone, che la ammenda egualmente che le somme sopravvenienti dalle multe, cauzioni, o pleggerie incassata, e dal prezzo degli oggetti confiscati, sono destinate al ristoro de' danni ed interessi, e spese sofferte, principalmente dagli innocenti perseguitati per errore o colpevole ne' giudizi penali, e quindi di danni aggiunti poveri, purché i colpevoli che debbono per legge soddisfare si gli uni che gli altri non ne abbiano il modo.

(4) Si ha la reiterazione quando il colpevole d'un reato pel quale non sia stato ancor condannato ne commette un altro. Contro il reiteratore di due delitti di due contravvenzioni si cumulano le pene corrispondenti a ciascun delitto o contravvenzione pur-

ché non si eccede il maximum della pena stabilita, ma contro il reiteratore di più di due delitti o di due contravvenzioni si emulano pur le pene corrispondenti purché non si ecceda il doppio del massimo della pena stabilita pel delitto o per la contravvenzione maggiore. V. gli art. 87 e 88 delle LL. penali.

(5) E recidivo chiunque dopo essere stato condannato irrevocabilmente per un reato ne commetta un altro. Il condannato per delitto se commette altro delitto vien punito col maximum della pena stabilita, la quale potrà essere ancora duplicata. Vi ha recidiva di contravvenzione, quando ne sei mesi precedenti il colpevole sia stato condannato per altra contravvenzione: in questo caso il recidivo vien condannato al maximum della pena stabilita, la quale potrà essere ancora duplicata. V. gli art. 78, 83 ed 87 delle LL. penali.

(6) La legge francese del 30 aprile 1790 dalla quale si sono prese la maggior parte di queste disposizioni, vi aggiunge la proibizione di guardiani di disarmare i cacciatori; e nulla di più saggio, dice Toullier tom. IV, num. 9, quanto questa proibizione: mentre l'ordine o il permesso di appropriarsi delle suddette armi potrebbe occasionare la più gravi disgrazie.

(7) Non si può dar permesso di tener lo schioppo se non carico a palla, e senza potersi sparare ad alcuna sorta di caccia: trovandosi a pallini si cade in contravvenzione.

(8) Per tutte le ammende prescritte in questo regolamento vi è luogo all'arresto personale, ed i giudici son tenuti ad ordinarla in ciascuna sentenza.

8. Che ogni condanna porterà sempre la confiscazione degli istrumenti, ordigni, ed armi sequestrate ai delinquenti colti nella flagranza (art. 190.) (6).

9. Finalmente, che tutti questi reati forestali si prescrivono nello spazio di sei mesi dalla data del processo verbale (art. 438).

Rapporto al procedimento in questi giudizi, ed al valore dei processi verbali de' guardiani suddetti, vade tutto quello che abbiamo notato nel nostro Trattato degli ufficiali di Polizia giudiziaria.

Solo acciungeremo che per reclami sull'annullamento degli affitti di caccia sono competenti i consigli d'intendenza, giuda il decreto del 26 ottobre 1816, e gli art. 5 ed 8 della legge del 21 marzo 1817 sul Conto. Amm.

Per le riserve reali di caccia e di pesca l'ultimo regolamento del 30 aprile 1822 è in vigore. Si prescrive in esso la pena di un ducato per ogni animale grosso o minuto trovato in queste riserve, e quella di ducati sei a persona trovata in flagranza di tagliar legna, e carlini quindici per ogni vettura trovata carica di esse, oltre la pena della legge per lo taglio di albero fruttifero. Si proibisce a chiunque anche munito del permesso di polizia di tener lo schioppo in tutta l'estensione delle reali riserve senza l'autorizzazione del cacciatore maggiore o dell'amministratore (7), o di andar armato di esso tanto che scarico; permettendosi a' passeggeri per le pubbliche strade adiacenti passar con lo schioppo ma colla piastrina del fucile tolta dalla canna, e si eccettuano la partita della gendarmeria nel numero non minore di tre che marciano col capo-pisto, ed in disimpegno di servizio: i contravventori son puniti colla perdita dello schioppo; ma se sian colti nella flagranza di avere sparato sono dappiù soggetti al pagamento di una ammenda non minore di ducati cinquecenta, pel qual pagamento possono essere arrestati o detenuti nelle carceri (8). Ne cani accolti per le campagne, né gatti fuori lo abitazioni possono tenersi; non cana solo è permesso nel proprio fondo con un lenno orizzontale ap-

ché non si eccede il maximum della pena stabilita, ma contro il reiteratore di più di due delitti o di due contravvenzioni si emulano pur le pene corrispondenti purché non si ecceda il doppio del massimo della pena stabilita pel delitto o per la contravvenzione maggiore. V. gli art. 87 e 88 delle LL. penali.

(8) E recidivo chiunque dopo essere stato condannato irrevocabilmente per un reato ne commetta un altro. Il condannato per delitto se commette altro delitto vien punito col maximum della pena stabilita, la quale potrà essere ancora duplicata. Vi ha recidiva di contravvenzione, quando ne sei mesi precedenti il colpevole sia stato condannato per altra contravvenzione: in questo caso il recidivo vien condannato al maximum della pena stabilita, la quale potrà essere ancora duplicata. V. gli art. 78, 83 ed 87 delle LL. penali.

(6) La legge francese del 30 aprile 1790 dalla quale si sono prese la maggior parte di queste disposizioni, vi aggiunge la proibizione di guardiani di disarmare i cacciatori; e nulla di più saggio, dice Toullier tom. IV, num. 9, quanto questa proibizione: mentre l'ordine o il permesso di appropriarsi delle suddette armi potrebbe occasionare la più gravi disgrazie.

(7) Non si può dar permesso di tener lo schioppo se non carico a palla, e senza potersi sparare ad alcuna sorta di caccia: trovandosi a pallini si cade in contravvenzione.

(8) Per tutte le ammende prescritte in questo regolamento vi è luogo all'arresto personale, ed i giudici son tenuti ad ordinarla in ciascuna sentenza.

pesca al collo non meno di palmi due di lunghezza; e debbesi tener incatenato nel tempo delle cove di pernici. È vietato pure *parar laccioli* ne' siti riservati, ma con permesso speciale possono pararsi le reti, sotto pena di una multa di ducati 12 e perdita degli ordigni. Lo stesso per la pesca nelle riserve del Granatello, Portici, e Posilipo. Vi è la multa di ducati 30 per chi dissipa e seggellisce in tempo di cova le uova di pernici, starne e fagiani (1). — De' danni commessi dagli animali nelle reali riserve ne sono indennizzati i proprietari dietro apprezzo di consenso, o con periti nominati dal giudice del circondario. — I guardacaraccia sono incaricati a formare i processi verballi di ogni contravvenzione, e farli pervenire fra due giorni al giudice del circondario del territorio dove la contravvenzione è seguita, sottoscritti da due di essi o da quel solo che l'ha scoperta, ma sempre vistati dal guardia maggiore; e vedendo su contravvenzioni emesse nella flagranza far prova sino all'iscrizione in falso. I giudici debbono pronunciarsi tra un mese, e ne daranno pure parte al Cacciatore maggiore o pure all'amministratore da cui il sito dipende. Si indicano finalmente i luoghi destinati per uso delle reali riacche (2).

III.

[Pesca.

La pesca è proibita ne' luoghi soltanto che sono di proprietà dello Stato. Colla stessa legge del 18 ottobre 1819 fu la pesca unita all'Amministrazione del demanio, ed ordinò di darla in fido previlgiati; nel qual caso possono i fittuari proporre all'amministrazione un competente numero di *guardieques* per loro conto, ai quali si rilasciano le patenti di accordo colla Polizia generale per l'asportazione delle armi. A costoro dopo il loro giuramento fu data la facoltà di formare processi verbali di contravvenzioni alle leggi sulla pesca, nelle pescagioni di proprietà dello Stato, art. 139 e seguenti, cit. legge. Furono confermati provvisoriamente gli statuti per la pesca de' mari di Tarento colle pene annesse; ma pe' reali di pesca nelle altre proprietà dello Stato, fu prescritto lo stabilirne al decreto che regolerebbe la pesca in generale (art. 220 e 221). Lo stesso si è detto nell'ultima legge forestale del 21 marzo 1826, la quale provvisoriamente ha lasciato in vigore le disposizioni della legge antecedente così per la caccia come per la pesca.

Pe' delitti o contravvenzioni ai regolamenti sulla pesca il pubblico ministero agisce senza bisogno d'istanza privata (LL. di proced. pen. art. 39). Ma ciò s'intende per la pesca ne' luoghi che sono di proprietà dello Stato, e esercitata in riviere navigabili o atte a trasporto; mentre per le riviere non navigabili, la pesca appartiene ai proprietari de' fondi limitrofi alle acque. Quindi la pesca nelle acque di un particolare che non se ne querela, non è un delitto che dà luogo ad azione pub-

blica, come la stessa Corte di cassazione francese risolse colla decisione del 5 febbraio 1807 (SIRAY, tom. 7 par. 2 p. 74).

Ciò non ostante bisogna eccettuare la pesca che si facesse in tempo proibito o con ordigni o reti vietate, mentre in questo caso il pubblico ministero può, anzi deve agire di ufficio, quatinque il proprietario che possiede lungo il fiume non si quereli contro il pescatore, come decise la stessa Corte al 17 brumario anno 14 (ivi, tom. 7, par. 2 pag. 1097), e quantunque i contravventori non fossero pescatori di professione; decisione della medesima dell'11 febbraio 1818 (ivi, tom. 8 par. 1, pag. 231). Lo stesso sarebbe tra noi, mentre la conservazione de' pesci in tal tempo riguarda l'ordine pubblico.

Fra le reali riserve di pesca vi è il *Granatello a Posilipo*. Coloro che con qualsivoglia ordigno atto a prendere o discacciare i pesci ivi pescasse, oltre alla perdita dell'ordigno soggiacerebbe a cinque giorni di carcere (art. 12 cit. bando degli 11 luglio 1817).

IV.

Preda marittima. Oggetti naufragati.

La legge del 3 settembre 1817 stabilì una giurisdizione particolare per giudicare della legittimità della preda marittima e dell'appartenenza degli oggetti ricuperati dal naufragio, ordinata in due gradi; la Commissione, per la prima istanza, ed il Consiglio delle prede marittime in appello, l'una e l'altra nella dipendenza del Segretario di Stato Ministro di grazia e giustizia. Si ordinò ivi ancora che le decisioni del Consiglio delle prede non potessero eseguirsi se prima non fossero state munite della sovrana approvazione.

Nulla sui beni naufragati (3) ci dice questa legge; ma in quella del 12 ottobre 1807 determinossi che i naufraghi potessero fra un anno ed un giorno reclamare le loro proprietà ricuperate da legni nazionali, con obbligo di darne il terzo per premio della fatica all'equipaggio che le avesse raccolte; come pure che potessero entro lo stesso tempo conseguire il prezzo ricavato dalla vendita de' bastimenti senza equipaggio naufragati o arenati sulle coste del regno, o dall'avanzo de' naufragi depositivi dal mare senza obbligo di alcun rilascio, ma solo delle spese occorse.

Per altro la legge del 1 giugno 1817 incarica gli impiegati delle dogane di concorrere insieme cogli impiegati di marina e con quelli della pubblica salute, alla salvezza degli oggetti naufragati; ed impone ai particolari che trovassero effetti sulla costa di denunciarli alla dogana sotto pena di un'ammenda di ducati 120, oltre quella di contravvenzione alle leggi sanitarie.

Con lo Statuto penale per le infrazioni della legge a regolamenti sanitari approvato col decreto del 13 marzo 1820, varie providenze si diedero sugli oggetti naufragati e gettati al lido negli art. 15 e 16, ma più

Colabritto — Carbone — Carditello.
Fiume morto nel tempo della schiusa.
Demonia di Calvi — Mondragone.
Venafro.

Nella Provincia di Principato citra,

Pesano.

(3) La l. 1. Cod. de naufragiis ristorna al fisco d'interessi ne' beni naufragati. Ma col reatrito del 27 febbraio 1758 fu disposto che sulle robe naufragate delle quali s'ignorava il padrone, il fisco avesse potere positivo ed immediato interesse.

(1) Di tutte le multe un terzo è dato ai capienti, gli altri due terzi sono disponibili dalla regia amministrazione del sito.

(2) Sono essi nella Provincia di Napoli.

Atrani — Agnano — Licola.

Varcaturo — Fusaro — Capodimonte.

Portici — Resina — Mortelle del Granatello.

Mortelle della Torre co' vicini Camaldoli.

La Foila — Pesca del Granatello e di Posilipo.

Nella provincia di Terra di Lavoro.

Caserta — S. Leucio — Sommaco.

S. Vito — Quarcione e Sommaco.

adattate disposizioni furono emanate col real decreto del 19 settembre 1826. Con esse si provide:

1. Chiunque avrà notizia di generi gittati al lido dalle onde, dovrà immediatamente renderne consapevole la Deputazione di salute sotto pena dell'amenda correttoriale non maggiore di ducati 50.

2. È vietato di aver contatto e trasportare gli emuniciati generi.

3. Se essi sono insuscettibili di contagio, il semplice contatto si punisce con pene di polizia, uniformemente all'art. 461 delle Leggi penali, ed il trasporto col primo al secondo grado di prigionia, e coll' amenda correttoriale.

4. Se i generi sono suscettibili di contagio, essi verificherà che sieno venuti al lido da un luogo che proviene o si considera di provenire da luogo infetto, sospetto o sospeso: 1. la punizione sarà quella determinata dall'art. 16 dello statuto penale per le infrazioni alle leggi sanitarie: 2.

5. Se però non sappiamo il luogo da cui i generi suscettibili di contagio son venuti al lido, o s'ignorino le circostanze della navigazione, la pena sarà del primo al secondo grado di prigionia nel caso di semplice contatto, e del primo grado d'eterni nel caso di trasporto.

6. Se i generi suscettibili di contagio vengono da luogo libero e con legno proveniente, o che si considera provenire anche da luogo libero, il contatto si punirà coll' amenda correttoriale non maggiore di ducati cinquanta, ed inoltre potrà applicarsi la detenzione. Nel caso di trasporto, la pena sarà del secondo al terzo grado di prigionia e dell'amenda correttoriale non maggiore di ducati cento.

Finalmente le nostre Leggi penali nell'art. 413 n. 3 trascrivono tra i furti qualificati quello commesso sulle cose gettate per cagione di naufragio.

V.

Cosa senza padrone.

Non bisogna confondere le cose perdute colle cose gettate. Queste di qualunque valore fossero, possono considerarsi tra le donazioni fatte ad incerta persona, e tra esse annoverolle Giustiniano (§ 46 Inst. de rer. divi.). Ma quelle conservano ancora il padrone, sino a che non ne abbandonino egli la ricerca e lo obbligo. Quindi le Leggi penali imputano di furto chiunque si approprii cose anche d'ignoto padrone, ed obbligano il ritrovatore a rivelar fra tre giorni all'autorità locale le cose trovate che sa di non appartenergli, sotto pena di un'amenda non minore della cosa rinvenuta (art. 463 n. 6), oltre la responsabilità di danno verso il proprietario se questi in termine utile si presenti, giusta l'art. 1168 delle nostre Leggi civili.

Ma se denunciata la cosa rinvenuta, niuno si presenta a reclamarla, a chi mai apparterrà essa? a chi la trovò o al demanio pubblico? Che i beni senza padrone

appartengano al demanio, è risoluto negli art. 839 a 861 del Codice. Ma vi sono compresi i mobili? Massimamente nell'art. 2270 del Codice civile francese sostiene competere questo diritto al medesimo. Noi lasciamo queste risoluzioni alla prudenza dei tribunali: e solo per rapporto al tempo necessario a prescrivere questi effetti mobili a favor del ritrovatore e del demanio, siamo d'accordo col commentatore delle nostre Leggi civili nel dire, che fino a quando altro termine per beni perduti non sia determinato, la trionfale prescrizione sia il nuovo titolo ordinario il demanio, quanto ogni privato ritrovatore possa farne l'acquisto, giusta gli art. 2154 a 2185, delle nostre Leggi civili.

Posteriormente furono emanate le seguenti altre disposizioni legislative.

— 13 Settembre 1830. *Riservato.* Abolisce gli usi delle cacce e riduce il diritto per le licenze.

— 8 Luglio 1852. *Riservato.* — Vieto le reti dette codaccio e filonette.

— 13 Febbrajo 1833. *Riservato.* — Regola la pesca coi gripi e tartaroni nelle acque di Giampilio.

— 15 Marzo 1833. *Riservato.* — Estende a tutte le reti la dimensione stabilita dalla prammatica del 1784.

— 28 Ottobre 1834. d. — Veduta la prammatica del 1784 di nuova e portubus del 6 ottobre 1785 riguardante la pesca ecc. — 1. È proibito di pescare colle reti dette specialmente codaccio o filonette, ed in generale con ogni altra specie di reti di qualunque denominazione, che non sieno a maglia chiara, e della grandezza di un terz della nostra moneta, sia che si usino paranzze, paranzelli, scialliche, sciallicelli od altro barche qualsivogliano. — 2. È proibito del pari attaccare alle reti di paranze e paranzelli mazze o altri pesi, che abbassandole soverchiamente le facciano cadere a sconvolgere il fondo. — 3. La pesca con paranze e paranzelli incomincerà non prima del 4 novembre di ciascuna anno, ed avrà fine nel sabato asuto dell'anno che segue. — 4. Allorché le paranze e paranzelli usciranno dal lido, non potranno gittarsi le reti, che almeno a 10 passi di profondità di acqua lontano dalla terra; e nel ritorno dovrà la rete alzarsi quando siani giunto anche 10 passi di profondità di acqua lontano dalla terra. — 5. I contravventori saranno puniti colla confiscazione delle reti, e coll' amenda di lire a 12 ducati cui potrà a seconda dei casi esser aggiunto la detenzione. — 6. E del pari vietato di pescare così in mare come nei fiumi nei laghi o nei laghi col mezzo di sostanze velenose di qualunque natura. — Per la pesca col pomo terragno, col timolo, colla noce vomica, col tasso o con altra sostanza che

sa di commercio o località si trovano esposti a maggiori pericoli (della statuto art. 5).

(2.) « Coloro che quasi articolo che si mettono a contatto, o trasportano seco degli oggetti suscettibili di contagio gittati al lido dalle onde, soggiaceranno alla pena dell'ergastolo, del primo al secondo grado d'eterni, a della restituzione, secondoché si arrischiava avere tali oggetti venuti a lido da un legno che proviene o si considera provenire da luogo infetto, sospetto, o sospeso ».

(f) Chiamansi infetti i luoghi ove regna in atto la peste o altra simile malattia contagiosa.

Si chiamano sospetti quelli che per una data estensione di territorio confinano cogli infetti, o quelli presso i quali una imbarcazione infetta o prigioniera in pratica da luogo infetto abbia avuto libera comunicazione senza alcuna della riserva sanitaria richieste dalla circostanza.

Si chiamano sospesi i luoghi che situati in maggior distanza dagli infetti confinano per una data estensione di territorio co' sospetti, a quelli che per circostanze

renda nocivo il cibo dei pesci, si applicherà pel solo fatto di essersi valuto di tali sostanze oltre l'ammenda di 3 a 12 ducati il primo grado di prigione. — Per la pesca con altre sostanze venefiche la pena sarà quella sanzionata dal precedente art. — 7. Contro i reattori ed i recidivi nella trasgressione in materia di pesca saranno osservate le regole contenute nel cap. V, tit. II, lib. I p. — 8. Il d. 20 giugno 1827, sarà applicato del pari sui contravventori che fossero nella assoluta impossibilità di pagare l'ammenda applicata come pena principale. — 9. le fett. del 4 aprile 1793 confermate col nostro r. degli 8 marzo 1825 intorno alla pesca nel mare di Taranto, le quali provvedono con derogazioni richieste da circoscrizioni locali, che non si distrugga il germe dei pesci, rimarranno nel loro pieno vigore. — 10. Le disposizioni del presente d. avranno luogo per ora e fino a nuova nostra sovrana risoluzione nei nostri domini di qua del Faro soltanto.

— 4 maggio 1835. r. Ordina che il divieto di pesca dalla Pasqua di Resurrezione al 4 novembre di ciascun anno imposto dal d. 20 ottobre 1834 sia ristretto alle sole province bagnate dal mar Terreno.

— 11 maggio 1835. d. — Regola la pesca nei mari del R. domini oltre il Faro.

— 3 ottobre 1836. e. — Per la difesa delle regie riserve di caccia e di pesca nel R. domini di qua del Faro.

— 28 ottobre 1846. r. Ordina che vietata indistintamente a tutti la pesca colla paranze e paranzelli, il privilegio accordato al comune di Taranto in fatto di pesca non debba estendersi oltre i limiti del suo territorio, appero la privativa della pesca non si possa esercitare che nel mare che quello bagna dal 1 novembre 1818 in poi.

— 7 agosto 1847. — reg. per la pesca nel golfo di Napoli.

SEZIONE II.

Sul titolo I. della successione.

§ 1.

Differenza.

Non essendosi adattato nelle nostre leggi civili il sistema della divisione della successione deferita ad ascendenti o collaterali in due parti, ma a favore di parenti della linea paterna e l'altra a favore dei parenti della linea materna, furono tolti i due articoli 733 e 734 del Codice francese che stabilivano affatto sistema, e furono tolti del pari gli articoli 751, 752, 753 e 754 che erano la conseguenza.

Fu tolto l'articolo 773, il quale diceva essere comuni ai figli naturali chiamati alla successione in mancanza di parenti le disposizioni degli articoli 769 a 772, perchè negli articoli succitati del Codice francese si parlava del solo coniuge sopravvissuto e dell'amministrazione del Denario, ma essendo nei nostri corrispondenti articoli 685 a 688 compresi pure i figli naturali la sopranvenuta disposizione dell'art. 773 era divenuta inutile.

Vuolsi ancora notare che l'articolo 874 del Codice civile, che non ha il corrispondente nel nostro titolo delle successioni, non è stato eliminato del tutto, ma unicamente trasportato nel titolo 2. delle donazioni tra vivi e dei testamenti e forma il 2. comma del nostro articolo 974.

Per l'apposto furono aggiunti nelle nostre leggi civili 11 articoli nuovi coi numeri 650, 650, 651, 667, 668, 669, 690, 722, 723, 789 e 790, dei quali stiamo riferire il tenore a misura che faranno rilevare le

modificazioni arretrate colle nostre leggi ai corrispondenti articoli del Codice francese.

Le modificazioni furono le seguenti.

L'art. 718 del Codice civile diceva che la successione si apriva per la morte naturale e per la morte civile. Non essendosi ammessa nelle nostre leggi la morte civile, il corrispondente articolo 658 del medesimo codice, che si apriva per la morte naturale o per condanna portante privazione dei diritti civili.

Per la stessa ragione l'articolo 719 del Codice francese fu modificato nello stesso senso, dandosi nel nostro corrispondente articolo 639, la successione per condanna portante la privazione dei diritti civili e aperta dal momento in cui questa viene inflitta, in conformità delle disposizioni della sezione 2. del capitolo 2. della privazione dei diritti civili, libro 1. titolo 1.

Dopo questo fu aggiunto il nuovo articolo 640 scritto così: « ignorando la morte di più persone, si presume morta sempre la più avanzata in età. Con esso s'intende supplire al silenzio del Codice civile nel caso che più persone fossero morte non già nel medesimo infortunio, per le quali provvedono gli articoli seguenti, ma per quelle morte nel medesimo infortunio senza che dagli atti di morte risultasse qual di esse sia morta la prima.

Nel nostro articolo 641 al sono aggiunte, dopo la parola per uno stesso infortunio, che leggevasi sola nel corrispondente articolo 720 del Codice, le altre incluse anche la guerra e la peste.

Il nostro articolo 647 dice: « Uno straniero è ammesso a succedere nei beni che lo straniero o nazionale possedeva nel territorio del regno, in conformità dell'articolo 9, n. 2, »; mentre il corrispondente articolo 726 del Codice diceva: « Uno straniero non è ammesso a succedere nei beni che il suo parente straniero o francese possedeva nel territorio dell'imp., se non nel caso e nel modo con cui un francese succede al suo parente possessore di beni nel paese di questo straniero, in conformità dell'articolo 1 sotto il titolo del godimento e della privazione dei diritti civili ».

Sebbene queste disposizioni sembrino conformi nella sostanza, ciò non pertanto le parole « se non nel caso e nel modo con cui un francese succede » non ripetute nel nostro articolo, hanno per conseguenza che il francese possa conseguire nelle nostre province più di quelle che un napoletano possa in Francia, il che non è scopo della presente appendice di dimostrare.

L'articolo 737 del Codice francese enumerava tra cause d'indignità a succedere nel corrispondente nostro articolo 618 se ne sono accennate altre due espresse nei numeri 3 e 4., cioè, l'aver contro il testatore o disporre, mentre non voleva, o diversamente da quel che voleva, e l'aver violato con violenza al defunto di far testamento.

Inoltre relativamente alla seconda causa d'indignità, vale dire l'accusa di delitto capitale promossa contro il defunto, il Codice francese richiede che sia giudicata e pronunciata, e le nostre leggi hanno appressa questa condizione.

Da ultimo nell'articolo francese si dice riputarsi indegno l'eredità in età maggiore che informato dell'omicidio del defunto non l'aura denunziato alla giustizia. Col nostro articolo nel n. 5 si è ciò riformato nel seguente modo. « L'eredità in età maggiore, che essendo consapevole della sua qualità di erede, ed informato della accisione del defunto, non l'aver denunziato alla giustizia entro sei mesi dal giorno della scienza, eccetto quando il pubblico ministero abbia di ufficio proceduto. »

Dopo il nostro articolo 649 corrispondente esattamente all'art. 728 del codice francese sono stati aggiunti due altri articoli nuovi coi numeri 650 e 651. Essi sono dettati da sentimenti di umanità e ricavati dal diritto romano. Sono riempiti nei seguenti termini.

« Art. 650. L'erede, malgrado l'incertezza, può essere ammesso a succedere, quando il defunto esprimevasi lo avesse abilitato. — Art. 651. L'abilitazione suddetta non potrà farsi che con un atto autentico, o con testamento fatto con piena libertà. »

Del pari per ragioni di equità si è esteso il favore conceduto dall'articolo 730 del Codice francese ai figliuoli dell'incesto di poter succedere, per ragione propria e senza il beneficio della rappresentazione, anche al caso in cui per succedere avessero avuto bisogno di rappresentarlo. Ciò col corrispondente nostro articolo 653.

Nel nostro articolo 655 si stabilisce il principio regolatore degli ordini di succedere nei seguenti termini:

« La legge nel regolare la successione riguarda la preterogativa della linea nei modi e casi espressi in seguito, e la prossimità della parentela. Non attende l'origine dei beni, se non nei casi espressi negli articoli 670 e 681. »

Esso nel corrispondente articolo 732 era formulata semplicemente colle parole *la legge non considera né la natura né l'origine dei beni, per regolare la successione.*

Alla disposizione dell'articolo 737 del codice francese esprime che nella linea retta si computano allretanti gradi, quante sono le generazioni, fu aggiunto nel corrispondente nostro art. 658 *non compreso lo stipite, il che non induce alcuna diversità.*

Nel nostro articolo 663 si è ritenuto, che nella linea trasversale la rappresentazione è ammessa in favore dei figli e discendenti da fratelli o sorelle del defunto soltanto quando la successione trovisi devoluta ai loro discendenti in gradi ineguali, mentre il corrispondente articolo 742 del codice francese richiedeva la rappresentazione anche nel caso che i discendenti si trovasero in gradi eguali.

Come conseguenza di questa modificazione fu inserito il nuovo articolo 664 nelle nostre leggi civili. « Se i figli o discendenti da fratelli o dalle sorelle si trovano in grado eguale, succederanno tutti in capi senza rappresentazione. »

L'articolo 744 del codice civile dice che « non si rappresentano le persone viventi, ma soltanto quelle che sono morte naturalmente o civilmente. » Attesa l'abolizione della morte civile, nel corrispondente nostro articolo 666 si sono soppressi le parole *naturalmente o civilmente.*

Abolita tra noi la divisione dei beni tra la linea paterna e materna, alla disposizione dell'articolo francese 745 si sono sostituite le seguenti: « Art. 668. A cui dei beni senza lasciar prole, né fratelli, né sorelle, né discendenti di essi, succederà il padre o la madre, o quello tra essi che sarà sopravvissuto. »

« Art. 669. — In mancanza di genitori l'eredità si deferisce, a parti eguali, agli ascendenti più prossimi, o sia nella linea paterna, sia nella linea materna; salvo ciò che è disposto nello articolo seguente. »

Due aggiunzioni si son fatte all'articolo 747 francese nel corrispondente nostro art. 670. La prima riguarda una spiga delle cose donate dagli ascendenti, alle quali si sono aggiunte le cose da essi date in dono alle loro figlie o discendenti; l'altra riguarda l'obbligo al quale si è disposto esser tenuti gli ascendenti che succedono alle cose da essi donate, di contribuire al pagamento dei debiti.

Nel nostro articolo 671 si sono fuse e modificate nei seguenti termini le disposizioni contenute negli articoli 748 e 749 del Codice francese: « Il padre e la ma-

dre, o quello tra essi che si troverà sopravvissuto, ed in mancanza di entrambi l'ascendente più prossimo, concorrerà coi fratelli e colle sorelle del defunto, e co' discendenti dei fratelli e delle sorelle premorte unilaterali e bilaterali; i genitori, gli ascendenti, i fratelli e le sorelle, in capi ed a porzione eguali; i discendenti dai fratelli e dalle sorelle, anche unilaterali o bilaterali, per diritto di rappresentazione ed in isurpe. »

Conseguentemente alla precedente disposizione l'articolo 750 francese fu modificato col nostro articolo 672 nei seguenti termini: « Al defunto che non abbia lasciato né prole né ascendenti, succederanno i fratelli e le sorelle ed i discendenti dei fratelli e delle sorelle premorte; i primi in capi; i secondi in testa; pi, o sia per diritto di rappresentazione. »

Il nostro articolo 673 dice: « In mancanza di figli e di discendenti, di ascendenti, di fratelli e di sorelle e di loro discendenti, la successione apparterrà agli zii ed alle zie, e quindi al collaterale più prossimo, in qualunque linea si trovino. — Nondimeno la successione fra collaterali non si estenderà oltre del dodicesimo grado. »

Si è ritenuta così l'ultima parte del corrispondente articolo 755 del codice francese e soppressa la prima che si riferiva al sistema da noi abbandonato della divisione per linea.

Il nostro articolo 674 riunisce le disposizioni dei corrispondenti articoli 756, 757 e 758 del codice francese con alcune modificazioni da una delle quali viene attribuito ai figliuoli naturali la qualità di eredi che loro in Francia è negata.

Il suddetto articolo 674 è scritto così: « I figli naturali succedono alla madre. Non succederanno al padre, se non sieno stati legalmente riconosciuti, ed in quei casi né quali è per legge ammesse la prova della paternità. »

Essi succedono nella metà della porzione che loro sarebbe spettata, se fossero stati legittimi, quando il padre abbia lasciato figli, o discendenti, o ascendenti legittimi. Ne conseguiranno due terzi, quando non congiunti collaterali in gradi successibili. Saranno ammessi alla totalità, quando questi non esistano. »

Il cambiamento di termini che si osserva tra il nostro articolo 675 ed il corrispondente 759 del codice francese non appartiene alla sostanza della disposizione, ma deriva dall'essersi presso noi ritenuto i figliuoli naturali come eredi.

Similmente vedesi qualche mutazione di parole tra i corrispondenti articoli 760 francese e 676 delle nostre leggi civili per la stessa ragione.

Nel nostro articolo 678 si è estesa ai figliuoli nati da condannati unioni, val dire, vietate alle persone legate da voto solenne o dagli ordini sacri, la disposizione dell'articolo 762 francese che ai figliuoli adulterini ed incestuosi nega ogni altro diritto tranne i soli alimenti.

Nel nostro articolo 679 furono riunite senza alcuna modificazione le disposizioni dei corrispondenti art. 763 e 764 del codice francese.

L'articolo 765 del codice francese devolve l'eredità del figlio naturale ai genitori purché l'abbiano riconosciuto. Il corrispondente nostro art. 680 dicendo invece: « L'eredità del figlio naturale morto senza prole si deferisce alla madre ed al padre, qualora questi lo abbia riconosciuto » ritiene che la madre non abbia bisogno di averlo riconosciuto per succedergli.

Dopo il seguente art. 684 corrispondente all'art. 766 del codice francese fu aggiunto nelle nostre leggi civili l'art. 682 scritto così: « I legittimati per decreto del Principe succederanno nella stessa guisa come si è detto per figli naturali. »

Il seguente articolo 683 nel ripetere la disposizione del corrispondente art. 767 francese sopprime dopo la

parole *il coniuge che gli sopravviva le altre e che non sia stato separato per divorzio, per essersi nella nostra legge abolito il divorzio.*

In fronte all'art. 769 del Codice francese nel corrispondente articolo 685 delle nostre leggi civili, per la ragione che presso di noi i figli naturali ancora sono eredi, furono anteposte a parole *il figli naturali.*

La stessa modificazione fu arretrata agli art. 771 e 772 del Codice francese nei corrispondenti nostri articoli 687 e 688.

Furono in seguito aggiunti i seguenti due nuovi articoli 689 e 690 — « *Al coniuge povero che non abbia un patrimonio confacente al suo stato, sarà dovuto sulle rendite ereditarie del consorte predefunto una prestazione alimentare e vitalizia.*

« *L'importare di siffatta prestazione non eccederà il quarto della rendita dei beni ereditarii, quando non esistessero figli, e quando ve ne fossero almeno uno di tre o meno. Essendo più di tre, non cederà i frutti della porzione virile.* »

Nell'articolo 701 delle nostre leggi civili, in cui fu ripetuta la disposizione dell'art. 784 del codice francese, fu per vedute di economia aggiunto che *la rinunzia ad una eredità che non eccedeva il valore di duecento lire, poteva farsi presso la Cancelleria del Giudice di circondario.* »

Nel nostro articolo 707 invece di dirsi *sino a che il diritto di accettare una eredità non sia prescritto contro gli eredi che vi hanno rinunziato*, possono questi ancora accettarla, ec. come era detto nel corrispondente articolo 790 del Codice francese, si legge: *Sino a che il diritto di accettare una eredità non sia prescritto, gli eredi, tutti o che abbiano rinunziato possono ancora accettarla, quando essa non sia stata ec.*

Nel nostro articolo 710, per le stesse ragioni di economia che dettarono la modificazione all'articolo 784, fu aggiunto il seguente comma alla disposizione dell'articolo 703 francese: « *Per l'eredità che non ecceda il valore di duecento lire, la dichiarazione di accettazione col beneficio dell'inventario potrà farsi nel modo stesso presso la cancelleria del Giudice del rispettivo Circondario.* »

Dopo l'articolo 721 che ripete la disposizione contenuta nell'articolo 804 del Codice francese fu aggiunto il seguente articolo: « *722. — L'eredità cui sarebbe dovuto per legge una quota di riserva, quante volte non curi di far l'inventario, non solo perde il diritto a dedurla, ma sarà anche tanto dei beni propri.* »

La prima disposizione dell'articolo 803 del Codice francese fu modificata nel corrispondente articolo 723 delle nostre leggi civili nei seguenti termini: « *L'eredità di beneficio decade dal beneficio dell'inventario, qualora tra il termine di cinque anni, da decorrere dal dì della sua dichiarazione di eredità, venga il bilancio della eredità senza l'intervento del pubblico ufficiale, senza incanto, e senza far precedere i soliti affissi e le pubblicazioni. Se li presenta in ispezione ec.* »

Similmente la disposizione dell'articolo 806 francese fu così modificata nel corrispondente nostro art. 724: « *Similmente decade dal beneficio dell'inventario l'eredità, qualora tra il termine suddetto di cinque anni da decorrere come sopra, venga gli immobili altrimenti colle forme prescritte dalle leggi della procedura nei giudizi civili. Egli però è sempre tenuto a delegare il prezzo ai creditori ipotecari che si sono fatti riconoscere.* »

Dopo questo articolo 724 fu aggiunto nelle nostre leggi il seguente articolo 725: « *Dopo il termine di cinque anni l'eredità beneficiata potrà vendere i beni ereditari o mobili o immobili, anche senza le forme*

di licitazione ne' due articoli precedenti, purché lo faccia senza frode; e salvo le azioni ipotecarie come di diritto. »

Il nostro articolo 726 modifica, la corrispondente disposizione dell'articolo 807 del Codice francese nel seguente modo: « *L'eredità beneficiata, se così vogliono i creditori, (l'articolo francese aggiungeva o altra persona interessata) è tenuta a prestare idonea e sufficiente cauzione pel valore dei mobili compresi nell'inventario; e in caso di vendita d'immobili (parole aggiunte nel nostro articolo), per quella parte del prezzo degli immobili che non fosse stata delegata ec.*

L'articolo 847 del Codice francese diceva: « *Le donazioni ed i legati fatti al figlio di colui che è in grado di succedere al tempo in cui si apre la successione, sono sempre considerati come fatti con la dispensa dalla collazione.*

« *Il padre succedendo al donante non è tenuto a considerarli.* » Il corrispondente nostro articolo 766 si legge come segue: « *L'eredità non è tenuta conferire a ciò che è stato dato al figlio di lui.*

La disposizione dell'articolo 849 del Codice francese era comune alle donazioni ed ai legati. Il corrispondente nostro articolo 768 l'ha ritenuta per le sole donazioni cancellando dal due primi commi dell'articolo le parole *e di legiti*, ed aggiungendo un terzo comma che dice: « *I legati non soggiacciono a collazione, eccetto quando il testatore ne gli abbia espressamente sottoposti.* »

Nel nostro articolo 776 furono aggiunte, alla disposizione del corrispondente articolo 857 del Codice francese, le parole: « *salvo ciò che si dirà intorno alla imputazione negli articoli 783 e 790.* » Questi articoli poi sono del tutto nuovi e scritti così: « *Art. 789. — Ogni erede, benché estraneo, istituito nel disponibile, e qualunque legatario potrà obbligare l'eredità a quale voglia la riserva, o sia legittima, ad imputare nella stessa le donazioni e i legati fatti dal defunto, ma ne' seguenti casi solamente.*

« *1. Quando la donazione o il legato sia stato fatto colla legge espressa della imputazione: tal dichiarazione potrà farsi tanto con l'atto stesso che contiene la disposizione, quanto con un atto posteriore nella forma delle disposizioni fra vivi o testamentarie.*

« *2. Quando l'eredità cui è dovuta la riserva, domanderà la riduzione delle disposizioni fatte dal defunto, per essersi ecceduta la quota disponibile.*

« *Art. 790. Tutto ciò che va fuori dell'obbligo della collazione secondo le regole stabilite nella sezione 2. di questo capitolo, va esente ancora dall'obbligo della imputazione spacciata nell'articolo precedente. I legati però, tutte le volte non soggetti a collazione, sono sottoposti alla imputazione.* »

La disposizione dell'articolo 882 del Codice francese passò nel corrispondente nostro articolo 802 con qualche leggiera varietà nei soli termini. Vi furono non pertanto aggiunte le seguenti parole: « *adesso il diritto di dedurre la rescissione compete al loro debitore ai termini degli articoli 1119 e 1120.* »

§ II.

Nuove disposizioni.

Le nuove disposizioni relative alle disposizioni contenute nel presente titolo furono le seguenti che elenchiamo secondo l'ordine degli articoli cui si riferiscono.

Art. 645. — 18 ottobre 1810. m. — Vieta ai tribunali di proclamare secondo l'antico sistema le dichiarazioni di eredità dette prambolli.

Art. 646. — 9 marzo 1822. r. com. in Sicilia a 2 luglio 1828. — Si è dubitato se i religiosi a religiose professi sieno capaci di succedere, e se le rinunzie autorizzate

te dal dritto canonico prima della professione religiosa incontrino l'ostacolo del dritto civile in vigore. Questo dubbio è stato rassegnato a S. M. e la S. S. sulla considerazione, che le successioni debbano essere regolate esclusivamente a norma delle attuali *ll.* civili, che ricevute nel Regno le istituzioni religiose, coloro che ad esse appartengono, astretti dal voto di povertà, trovandosi collocati in uno stato d'incapacità volontaria di acquistare alcuna proprietà, si è degna dichiarare, che i religiosi e le religiose professi per ragioni di voti monastici sono incapaci di succedere. — Nel partecipare nel real nome all' R. S. L. questa sovrana risoluzione, gioverà osservare, che per effetto della medesima le rinunzie dei monaci e delle monache alle eredità future devono ripularsi come atti superflui e senza oggetto.

— 5 aprile 1838. *r.* Dispone non esservi luogo al sovrano beneplacito sulle domande del dritto dell'immuniata Concazione a S. Erem nuovo per esser autorizzata a raccogliere gli effetti della Suora Maddalena Viozzeria Vitale, che alla soppressione del monastero di S. Giuseppe del Ruffi era ora claustrale professa era si ritirata in detto Conventorio.

— 15 gen. 1843. *l.* (comunicato a S. d. l.) Sui dubbi sorti nell'applicazione del *r.* del 9 marzo 1822 (a. *r.* 10), dichiaro che secondo le prescrizioni e la retta intelligenza del *r.* medesimo appartenga al monastero tutto ciò che i monaci avranno disposto per atto tra vivi in favor di esso prima della professione, e tutto ciò che avranno essi acquistato col loro carattere di religiosi, o che sia agli stessi dovuto per vitalizi riservati, anche quando siano per tre anni oltre la vita, ovvero per vitalizi legati loro, escluse per sempre le prestazioni perpetue, ed appartengono poi ai prossimi congiunti dei monaci i beni che posseggono costoro allorché professano voti religiosi, dei quali non abbiano essi prima posto per atto tra vivi.

— 16 ottobre 1847. *d.* — 1. Dichiaro nel retto senso del *r.* 23 gennaio 1843 ogni corpo di rendita perpetua dei monaci che per eredità, o di vitalizi non soddisfatti o che acquistaron con gli avanzi e coi risparmi de' vitalizi, appartenenti di dritto al monastero e ritenuti di piena ragione del corpo morale quando i monaci sieno trapassati.

— 27 aprile 1849. *d.* — Nell'art. 617 a. la citaz. dell'art. 19 n. 2 sarà emendata colla citazione dell'art. 9 n. 2.

Art. 667. — 1780 *stat. fondamentale per la colonia di S. Leucio* — § VIII. *Leggi di successione.* Voglio e comando che tra voi non vi sieno testamenti né volontà di quella legali e coequeque che da essi provengono. La sola giustizia naturale, e la naturale equità sia la fama e la guida di tutte le vostre operazioni. I figli succedano ai genitori, ed i genitori ai figli. Abbiano luogo i collaterali ma nel solo primo grado. In mancanza di qui si succeda la moglie, ma nel solo usufrutto, e fino a che manterrà la vedovanza. Dopo la lei morte, e sempre nel caso di mancanza di tutti i sopradetti eredi, siano i beni del defunto del Monte de' li orfani, delle cui rendite si formi una cassa che chiamisi degli orfani, da amministrarsi per ora da Parroco, che sarà obbligato di darne a me conto. — Se poi rimangano degli orfani di padre o di madre, i quali non sieno ancora in stato di lucrarsi colle proprie fatiche il quotidiano alimento, mia sarà la cura di mantenerli, e farli educare col prodotto della sopradetta cassa e col dispo che vi occorrerà. — Abbiamo i figli porzione uguale nella successione degli ascendenti, se mai resti esclusa la femina dalla paterna eredità ancorché vi sieno dei maschi.

— 19 maggio 1844. *r.* — Ordina che per la succe-

sione degli individui della R. colonia di S. Leucio si conservi la osservanza delle regole contenute nel detto statuto del 1782.

Art. 670. — 15 settembre 1845. *r.* — Dichiaro che il ritorno delle note di cui parla l'art. 670 e. ha luogo in favor degli ascendenti dotanti, quando questa la dotata, e nessuno i figli nati da lei, vivendo ancora le ascendente che dette la dote.

Art. 674. — 22 giugno 1845. *r.* — Si è preteso nei Tribunali che i figli legittimi per dritto del Principe prendano dei genitori per atto tra vivi o per testamento ciò che è vietato loro di avere nelle successioni intestate. E son cose ormai in questo senso sentenze di Tribunali e decisioni di Gran Corti civili, comunque s'intendesse un arresto di Corte Suprema che proclamasse all'errore di dritto ed annulla taluna decisione.

Non vi era al certo materia di contendere secondo il senso letterale delle *ll.* Tutte la dottrina intorno alle successioni dei figli naturali continui nei seguenti prelati. — I figli naturali riconosciuti avere la metà o due terzi di ciò che otterrebbero se fossero figli legittimi, quando i genitori loro lascino figli legittimi, od altri congiunti; ed aver l'intero quando non siano successibili in grado (c. 674). — Non poter essi acquistare dritti per atto tra vivi, o per testamento dai genitori. (c. 843). — La legittimazione per rescritto del Principe concedere i titoli di legittimità, ma non accrescere il loro dritto ai beni di legittimità, che prendono i figli naturali (c. 256). — La quale dottrina non può non essere uguale e comune ai casi della successione testata ed intestata; perciò che quello è vietato per legge massimamente quando siano *ll.* di ordine pubblico non può essere derogato dall'arbitrio dei privati. Ne abbiamo rassicurato noi di ciò a di giurisprudenza coi nuovi codici. delle antiche e del patrio dritto. — Nel nostro dritto consuetudinario i congiunti del sangue non erano esclusi dai legittimati per rescritto, e nelle province in cui non imperavano le consuetudini lasciate ai legittimati medesimi dividere coi legittimi ciò che rimaneva dai beni, tolti pria la quota di riserva ai figli di giuste nozze.

Ne' fedecomessi, *in sine liberis naturalibus* ai legittimi, non compete al fedecomesso pri legittimati per rescritto, né succedevano essi nell' *ll.* che li consecrassero anche ora per maloracchi e per la nobiltà. — Le quali cose mostrano, come sia inopportuno per la materia trarre argomento dalle *ll.* romane: che è troppo noto aver noi ritenuto di tali *ll.* ciò che adottammo per uso, a cui non ripugnano i nostri costumi, e la legittimazione per rescritto, secondo la sua istituzione, non esiger facili condizioni per concedersi. — Quel che ai certo due parti sopra ogni altro, è lo spirito delle *ll.* civili: miglior mezzo d'interpretazione di ogni *l.*, che vuol favorire la causa delle giuste nozze, cui si onora sempre quando si esaltano il rigore della disciplina dei figliuoli che non vanno a queste origini. — Il Re S. N. cui è stata commessa l'ampia discrezione avuta su la materia ha comandato che le cose innanzi avvertite fossero comunicate alle autorità giudiziarie, come censura alle sentenze e decisioni avvenute in specie, e perché valissero di norma per la generalità dei casi; onde si tenesse fermo alla osservanza del principio unico ed assoluto delle vigenti *ll.*, che i figli naturali riconosciuti siano ovvero no legittimati per mera grazia del principe, non possono in verun caso ricevere per atto tra vivi o per testamento, dall'oro genitori, più di quello che è ad essi attribuito dalle *ll.* nella successione intestata, giusta l'art. 674 delle *ll.* civili.

Art. 682. — 22 giugno 1845. *r.* (V. sopra art. 674).

Art. 684. — 29 Dicembre 1828. *l.* — 4. La successione legittima degli esposti, i quali non lascino superstiti discendenti, né coniugi, sarà devoluta in preferenza

dello Stato, a quello stabilimento di beneficenza cui l'esposato appartenga, ed il quale abbia adempito interamente o almeno nella maggior parte coi fondi del proprio patrimonio all'opera della ricreazione e nutrizione dell'esposito, di cui resta aperta la successione. — 2. Le disposizioni degli articoli 645 e 656 delle *ll. civili* sono applicabili anche agli stabilimenti di beneficenza, i quali presiedono all'eredità degli espositi. — 3. La presente *l.* farà parte integrante del capitolo 4 titolo 1 libro 3 delle *ll. civili* riguardanti le successioni irregolari, e sarà anche applicabile a tutte le successioni degli espositi, che sieno aperte fino alla pubblicazione della medesima *l.*

Art. 645. — 30 aprile 1818 *r.* — Debbono essere visitati per bollo e registrati gratuitamente tutti gli atti, cui l'amministrazione del demanio dovrà adempire per l'apposizione e rinunzia di successi, per la formazione dell'inventario, e per la immissione in possesso dei beni dove l'eredità vacante, o abbandonata. Gli onorarii dovuti ai funzionari pubblici, così per gli enunciati atti come per le vendite dei mobili delle eredità, saranno pagati secondo le corrispondenti tariffe. I funzionari però non potranno in alcun modo pretendere dall'amministrazione per tutti i loro onorarii presi insieme una somma maggiore del valore netto dei beni devoluti comunque sia minima.

Art. 708. — 29 settembre 1803 *m.* — Risolve diverse questioni sulle rinunzie fatte dalle donne maritate sotto le vecchie *ll.* alle successioni degli ascendenti, che vien venute o vengono ad aprirsi sotto le nuove.

— 3 Settembre 1815. *d.* — Soprese i giudizi per le rinunzie delle donne maritate.

— 4 Marzo 1817 *r.* — Considerato che per effetto degli editti successori che erano precedentemente in osservanza in questa parte dei nostri domini le donne erano escluse nella successione degli ascendenti nel concorso dei maschi. Considerato inoltre che le successioni debbono esser sempre regolate con quelle *ll.* che han vigore nell'epoca in cui si deferiscono. — 1. Le rinunzie delle femmine maritate prima del codice civile provvisoriamente in vigore, non hanno ricevuto pel tale avvenimento alterazione o cambiamento alcuno. — 2. Esse non sono di ostacolo alle femmine per conseguire ciò che alle medesime è dovuto sulle eredi-

tà dei genitori, ai termini delle *ll.* vigenti al tempo dell'aperta successione. — 3. Tutti i giudicati, le transazioni, le convenzioni, le divisioni di eredità bonariamente eseguite, le sentenze arbitrali, ed in generale qualunque atto per legge irrevocabile caduto sull'oggetto da Noi definito, restano nel loro pieno vigore, e non potranno essere impugnati per effetto della dichiarazione, e delle massime stabilite nei due precedenti articoli.

— 19 Luglio 1817. *r.* — Fa cessare la sospensione dei giudizi ordinata con *r.* del 3 settembre 1815.

— 15 gennaio 1815. *r.* — *V. sopra art. 636.*

Art. 739. — 1 gennaio 1817 *d.* — 7. Attribuisce alla cassa di ammortizzazione l'amministrazione delle eredità giacenti.

— 30 Gennaio 1817. *d.* — Gli agenti del demanio sono incaricati di prendere di quelle eredità, che dai giudici si sarebbero discoperte giacenti.

— 11 Marzo 1818 *m.* — Incarica ai magistrati di investigare per le eredità giacenti depositi del contante proveniente dalle eredità medesime.

— 20 mar. 1818. *m.* — Ordina darsi dai Procuratori del Re al Presidente della commissione dello stratico della cassa di ammortizzazione i rischiarimenti circa le eredità giacenti.

— 13 settembre 1819. *d.* — 1. Le disposizioni contenute nei cennati *dd.* del 1 e 30 gennaio 1817, relative all'amministrazione delle eredità giacenti nei nostri reali domini al di qua del Faro, sono rinviate. — 2. Da ora innanzi i beni di qualsivoglia natura, che si appartengono alle eredità reputate giacenti, saranno amministrati, secondo quanto prescritto negli articoli 731 e 732 della parte 1. *ll. civili*, da un curatore da nominarsi dal tribunale civile; il quale curatore dovrà versare nella cassa di ammortizzazione il contante di pertinenza dell'eredità giacente.

— 18 ottobre 1819. *d.* 9. I sindaci, i percettori o esattori comunali della contribuzione fondiaria, ed i cancellieri dei tribunali e delle giustizie di circondario fra gli otto giorni della notizia avuta di beni vananti o caduchi ne daranno avviso agli ispettori del demanio pubblico. Ogni contravvenzione sarà soggetta alla multa da dieci a cento ducati, ed a' danni ad interesse, quando vi sia luogo.

Fine dell' Appendice.

INDICE

DELLE MATERIE DEL VOLUME SETTIMO.

LIBRO III.

DEI DIFFERENTI MODI COI QUALI SI ACQUISTA LA PROPRIETÀ.

CAPITOLO V. (Continuazione).

Dell' accettazione e della rinunzia alle eredità.

SEZIONE III.

Della rinunzia alle eredità. — Sommario.	3
§ I. In qual forma debbe mai seguir la rinunzia? — Sommario.	ivi
§ II. Quali sono gli effetti della rinunzia? — Sommario.	11
§ III. In quali casi la rinunzia può venire ritrattata o dichiarata nulla? E quali son mai gli effetti della ritrattazione o dello annullamento? — Sommario.	22
A. Della ipotesi in cui la eredità alla quale l'erede abbia rinunziato non siasi ancora accettata da altri eredi. — Sommario.	ivi
B. Della ipotesi in cui la eredità alla quale l'erede ha rinunziato siasi accettata da altri eredi. — Sommario.	29
§ I. A quali eredi o successori il beneficio dello inventario viene concesso e può tornare nullo? — Sommario.	43
§ II. Quali sono le condizioni e le formalità del beneficio dello inventario? — Sommario.	54
§ III. Quali sieno gli effetti del beneficio dell' inventario. — Sommario.	65

ARTICOLO I.

Degli effetti del beneficio dello inventario ne' rapporti dello erede beneficiario co' eredi della eredità e co' legatarii. — Sommario.	66
§ I. L'erede beneficiario è tenuto de' debiti e pesi della eredità sui beni medesimi ereditarii, e quindi fino alla sola concorrenza del valore di questi beni. — Sommario.	67

DE MULDER, Vol. VIII.

II. I diritti dell'erede beneficiario avverso la eredità, e reciprocamente i diritti della eredità, avverso l'erede beneficiario non estinguonsi per confusione. — Sommario.	84
III. L'erede beneficiario può esimersi dal pagamento de' debiti con lo abbandonare tutti i beni ereditarii a' creditori e legatarii. — Sommario.	92
A. De' diversi atti di amministrazione, non specialmente contemplati dalla legge, i quali possono doversi fare nello interesse del patrimonio. — Sommario.	107
B. Della vendita de' beni, mobili o immobili, dipendenti dalla eredità. — Sommario.	114
C. Del modo onde i eredi del defunto ed i legatarii possono venire soddisfatti. — Sommario.	119
D. Dell'obbligo dell'erede beneficiario di render conto della sua amministrazione. — Sommario.	124

ARTICOLO II.

Degli effetti del beneficio dello inventario ne' rapporti dei creditori e de' legatarii gli uni riguardo agli altri. — Sommario.	138
--	-----

ARTICOLO III.

Degli effetti del beneficio dello inventario ne' rapporti dell'erede beneficiario coi suoi coeredi. — Sommario.	141
§ 4. In quali casi il beneficio dello inventario può cessare, sia mercò rinunzia dell'erede, sia per sua decadenza. Sommario.	ivi

SEZIONE V.

Delle eredità giacenti. — Sommario.	151
1. In quali casi la eredità debbesi considerare giacente? — Sommario.	154

II. Quali regole sono applicabili alla eredità giacente? — Sommario . . .	160
--	-----

CAPITOLO VI.

Della divisione e delle collazioni.

Sommario.	169
-------------------	-----

SEZIONE I.

Dell'azione di divisione e della sua forma. — Sommario.	170
§ I. Dello stato d'indivisione, e del diritto competente a ciascuno de' coeredi di di- mandare la divisione. — Sommario . . .	ivi
§ II. Della capacità richiesta per procedere alla divisione. — Sommario.	198
§ III. Della forma della divisione. — Som- mario.	214
N. I. In quali casi la divisione può farsi ami- chevolmente? — Ed in quali casi debbe farsi giudizialmente? — Sommario. . .	ivi
N. II. In qual forma può farsi la divisione a- michevole? — E quali sono le forme della divisione giudiziale. — Sommario. . . .	221
A. Delle forme della divisione amichevole. — Sommario.	ivi
B. Delle forme della divisione giudiziale. — Sommario.	224

CAPITOLO VI. (Continuazione).

SEZIONE I.

§ IV. Del retratto successorio. — Sommario . .	260
I. Avverso quali persone e da quali può spe- rimentarsi il retratto successorio. — Som- mario.	265
II. Quali cessioni possano dar luogo all'e- sercizio del retratto successorio. — Som- mario.	287
III. Con quali condizioni ed in quale corso di tempo il retratto successorio puossi e- sercitare. — Sommario	301

SEZIONE II.

Delle collazioni. — Esposizione Generale. — Sommario	322
§ I. In quali casi siavi luogo alla collazione; ovvero, in altri termini, da chi sia dovuta la collazione, a quale eredità, ed ha chi. — Sommario.	331
A. Da chi è dovuta la collazione. — Som- mario.	332
I. Prima condizione per andar sottoposto all'obbligo della collazione si è l'essere erede. — Sommario	ivi
II. Seconda condizione per andar sottoposto all'obbligo della collazione è l'uso es-	

sero donatario o legatario del defunto. — Sommario	356
III. Terra condizione per andar sottoposto all'obbligo della collazione, conviene non esserne stato esonerato. — Sommario . .	357
IV. Quarta condizione per andar sottoposto all'obbligo della collazione: è necessario concorrere alla successione. — Somma- rio.	379
A. A quale eredità la collazione va dovuta — Sommario.	385
C. A quali persone la collazione sia dovuta Sommario.	387
§ II. Quali vantaggi vadano sottoposti a col- lazione I — Sommario.	398
A. Della collazione de' legati. — Sommario. .	399
B. Della collazione delle donazioni tra vivi. — Sommario	401
I. Di quali cose la collazione sia dovuta. — Sommario.	ivi
II. Di quali cose non sia dovuta la collazio- ne. — Sommario.	451
C. Della collazione de' debiti. — Sommario. .	471
§ III. In qual modo ha luogo la collazione, e quali ne sono gli effetti. — Sommario .	482
I. Della collazione degli immobili.	481
II. Della Collazione de' mobili. — Sommario.	505

CAPITOLO VI. (Continuazione).

Della divisione e delle collazioni

SEZIONE III.

Del pagamento de' debiti. — Sommario. . .	515
§ I. Della divisione de' debiti. — Sommario. .	514
A. Dell'azione personale. — Sommario . .	515
B. Dell'azione ipotecaria. — Sommario. .	545
§ II. Della Separazione de' patrimoni. — Esposizione. — Censo storico. — Divisio- ne. — Sommario	555
I. Da chi. — Contro chi. — Di quali beni, — Ed in qual forma la separazione de' pa- trimoni può dimandarsi. — Sommario. .	537
II. In quali casi, — sotto quali condizioni, — e durante quanto tempo può diman- darsi la separazione de' patrimoni. — Sommario.	577
III. Quali sono gli effetti della separazione de' patrimoni. — Sommario.	600
§ III. Della facoltà competente a' creditori di un coesistente d'intervenire nella di- visione, ed opporsi al procedersi fuori la lor presenza. — Sommario.	618

SEZIONE IV.

Degli effetti della divisione e della garanzia delle quote. — Sommario.	626
§ I. Dello effetto generale della divisione. — Sommario.	ivi

I. A quali atti la regola della divisione dichiarativa è mai applicabile. — Sommario.	633	rentia. — Sommario.	686
II. A quali cose la regola della divisione dichiarativa è mai applicabile. — Sommario.	647		
III. e IV. A quali persone la regola della divisione dichiarativa è mai applicabile. — E quali ne sono gli effetti. — Sommario.	651		
§ II. Della garentia delle quote. — Sommario.	668		
I. In quali casi siavi luogo all'obbligazione di garentia. — Sommario.	669		
II. In che consista l'obbligazione di garentia, e quale siane l'ampiezza. — Sommario.	678		
III. Quale sia la durata dell'azione di ga-			

SEZIONE V.

Della successione in materia di divisione. — Sommario.	692
I. Quali sono le cause di nullità o rescissione della divisione. — Sommario.	693
II. In quali modi le cause di nullità o rescissione della divisione possono estinguersi. — Sommario.	729
III. Quali sono gli effetti della rescissione della divisione. — Sommario.	738

APPENDICE

Sulla Legislazione Napolitana	744
-------------------------------	-----

TAVOLA NUMERICA

DEGLI ARTICOLI DEL CODICE CIVILE E DELLE LEGGI CIVILI

Coi numeri dell'opera in cui ciascuno è spiegato.

LIBRO TERZO.

DEI DIFFERENTI MODI COI QUALI SI ACQUISTA LA PROPRIETÀ.

TITOLO PRIMO.

DELLA SUCCESSIONI — (*Continuazione*).

Art. del Cod. civ.	Art. delle LL. CC.	Numeri dell'opera.	Osservazioni.
784	704	3-23.	
785	702	24-35.	
786	703	36-49.	
787	704	25.	
788	705	72-89.	
789	706		
790	707	51-74, 90-104.	
794	708		
792	709		
793	710	428-434.	
794	711	135-446.	
795	712		
800	717	447-452.	
804	718	370-374.	
802	719	457-459, 464-224.	
		349-360.	
803	720	460, 225-233, 250.	
		270, 374-388.	
804	721	234-259.	
805	723	274-282, 250-270.	
		374-388.	
806	724	283-287, 290-292.	
		374-358.	
807	726	240-248.	
808	727	293-329.	
809	728	293-329.	

Art. del Cod. civ.	Art. delle LL. CC.	Numeri dell'opera.	Osservazioni.
<u>840</u>	<u>729</u>	<u>344-348 bis.</u>	
841	<u>730</u>	<u>404-419.</u>	
842	<u>731</u>	<u>420-428.</u>	
843	<u>732</u>	<u>429-467.</u>	
<u>844</u>	<u>733</u>	<u>429-467.</u>	
<u>845</u>	<u>734</u>	<u>486-514.</u>	
846	<u>735</u>	<u>515-547.</u>	
847	<u>736</u>	<u>553-567.</u>	
848	<u>737</u>	<u>568-588.</u>	
849	<u>738</u>	<u>592-619.</u>	
850	<u>739</u>	<u>626-627.</u>	
851	<u>740</u>	<u>626-627.</u>	
852	<u>741</u>	<u>628-663.</u>	
853	<u>742</u>	<u>637-639.</u>	
854	<u>743</u>	<u>640-645.</u>	
855	<u>744</u>	<u>646-647.</u>	
856	<u>745</u>	<u>648-654.</u>	
857	<u>746</u>	<u>655-659.</u>	
858	<u>747</u>	<u>664-663.</u>	
859	<u>748</u>	<u>664.</u>	
860	<u>749</u>	<u>664.</u>	
861	<u>750</u>	<u>576-688.</u>	
862	<u>751</u>	<u>674-675.</u>	
863	<u>752</u>	<u>674-675.</u>	
864	<u>753</u>	<u>668-670.</u>	
865	<u>754</u>	<u>669.</u>	
866	<u>755</u>	<u>676-688.</u>	
867	<u>756</u>	<u>662.</u>	
868	<u>757</u>	<u>554, 592-649.</u>	
869	<u>758</u>	<u>600.</u>	
870	<u>759</u>	<u>689-694.</u>	
<u>871</u>	<u>760</u>		
872	<u>761</u>	<u>689-699.</u>	
<u>873</u>	<u>760</u>	<u>702-848.</u>	
874	<u>761</u>		
875	<u>762</u>		
949	855	849-879, 922-926. 957, 1002-1005, 1007- 1039, 1057-1062, 1153- -4176.	
844	<u>763</u>		
845	<u>764</u>	<u>923-925.</u>	
846	<u>765</u>	<u>958-965.</u>	
847	<u>766</u>	<u>880-884.</u>	
848	<u>767</u>	<u>882-893.</u>	
849	<u>768</u>	<u>894-906.</u>	
e (4573)		<u>907-924.</u>	
850	<u>769</u>	<u>966-976.</u>	
851	<u>770</u>	<u>4070-4056.</u>	
852	<u>771</u>	<u>4107-4136.</u>	
853	<u>772</u>	<u>4063-1406, 4157-4176.</u>	
(e 918)	834		
854	773	<u>4062-4406, 4153-4176.</u>	
855	<u>774</u>	<u>1188-1193.</u>	
856	775	<u>4137-4152 bis.</u>	

Art. del Cod. civ.	Art. delle LL. CC.	Numeri dell' opera.	Osservazioni.
857	776	977-1001.	
858	777	1179-1184.	
859	778	1185-1184, 1227-1229.	
860	779	1213-1220.	
861	780	1194-1202.	
862	781	1194-1202.	
863	782	1194-1202.	
864	783	1224-1225.	
865	784	1207-1212.	
866	785	1230-1237.	
867	786	1203-1206.	
868	787	1208-1234.	
869	788	1255-1959.	
870	791	1260-1284-1302-1307.	
871	792	1285-1301.	
872	793	1346-1356.	
873	794	1260-1284, 1302-1307, 1332-1335.	
874	794	1324-1330.	
875	795	1335-1345.	
876	796	1335-1336.	
877	797	1308-1324.	
878	798	1357-1371-1374-1406. 1407-1413, 1465-1482.	
879	799	1413-1427.	
880	800	1428-1463.	
881	804	1371-1372.	
882	802	1482-1509.	
883	803	1510-1586.	
884	804	1587-1615.	
885	805	1617-1628.	
886	806	1629-1641.	
887	807	1609, 1648-1700.	
888	808	1681-1699.	
889	809	1700-1715.	
890	810	1676 bis.	
891	811	1716-1730.	
892	812	1731-1769.	

Fine della Tavola.



576369



